Der Eigentumserwerb des Verkaufskommissionärs

unter Mitberücksichtigung der Vermengungsvorschriften

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Freiburg i. Br.

Vorgelegt von

Kurt Licht,

Gerichtsreferendar.

1933,

Druck von M. Jacob, Wüstegiersdorf i. Schl.

Der Eigentumserwerb des Verkaufskommissionärs

unter Mitberücksichtigung der Vermengungsvorschriften

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Freiburg i. Br.

Vorgelegt von

Kurt Licht,

Gerichtsreferendar.

1933,

Druck von M. Jacob, Wüsteglersdorf i. Schl.

Referent: Professor Dr. Pringsheim.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543109_0033

Inhaltsübersicht.

1. Kapitel. **Rechtfertigung der Arbeit.**

Die Veräußerung des Kommissionsgutes an einen Dritten. — Die Besonderheit beim Selbsteintritt. — Die Vermengungsvorschriften als letzte Lösung einer Reihe von Fällen.

2. Kapitel. **Der Eigentumsübergang beim „geglückten" Selbsteintritt.**

§ 1. Ausgangspunkt.

Die Eigentumslage bis zur Abgabe der Selbsteintrittsanzeige. — Auslegung des Kommissionsvertrages.

§ 2. Die verschiedenen Erklärungsmöglichkeiten nach BGB.

A. Hat die Selbsteintrittsanzeige unmittelbar dingliche Wirkung?

B. Läßt das Parteiverhalten einen Schluß auf rechtsgeschäftlichen Erwerb zu?

I. Die Abweichung der Rechtslage von der Drittausführung.

II. Die Uebereignungserklärung des Kommittenten.

1. Die Theorie des bedingten Einigungsangebots.

2. Auslegung der Selbsteintrittsanzeige.

Liegt in der Selbsteintrittsanzeige ein im Wege des Selbstkontrahierens erklärtes Einigungsangebot? — Die Anwendbarkeit von § 151.

§ 3. Das Depotgesetz.

3. Kapitel. **Der fehlerhafte Erwerb.**

§ 1. Die Rechtslage bei mangelndem Eigentum des Kommittenten.

§ 2. Die Rechtslage bei Widerruf der Kommission.

4. Kapitel. **Eigentumsübergang kraft Vermengung.**

§ 1. Umgrenzung des Problems.

§ 2. Die dingliche Wirkung der Vermengung gleichartiger Sachen. — Alleineigentum oder Miteigentum?

Literatur-Verzeichnis.

Abraham: Ueber den Selbsteintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten. Diss. Greifswald, 1884.

Anschütz: Die Rechte des Einkaufskommissionärs als Selbstverkäufer, in ZHR. 17, 1 ff.

Ascher: Rechtsgrundlage des stückelosen Effektenverkehrs. 1927.

Biermann: Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.

Blumer: Der Selbsteintritt des Effektenkommissionärs nach dem schweizerischen und französischen Recht, 1927.

Breit: Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. 1900.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl. 1930.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 6. Aufl. 1913, 8. Aufl. 1924

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, III. Bd. 1905.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches.

Dernburg: Bürgerliches Recht, 1. u. 2. Aufl. 1901, 2. Bd. 2. Abt.

— Lehrbuch des preuß. Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. 2. Aufl. 1880, Bd. II.

Düringer-Hachenburg-Lehmann: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage 1932.

Ebersbach: Die Wirkungen des Selbsteintritts des Kommissionärs. Diss. Marburg. 1907.

Eck: Vorträge, 1. u. 2. Aufl. II.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch d. bürgerlich. Rechts, Bd. I, 1921 u. 1928. Bd. III, 1929 (Angeführt: Wolff, Sachenr.) und 1933.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1900.

Flechtheim: Eigentumsübertragung beim Kommissionsgeschäft, in LZ. 1908, 48 ff.

Friedländer: Erwerb des Eigentums an Geld durch Vermengung nach BGB., in Seuff. Bl. Erg. Bd. 15, 388.
Gierke, Jul. v.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 3. Aufl. 1929. 4. Aufl. 1933.
Goldberger: Zur Lehre von der Vermengung des Geldes nach BGB., in Seuff. Bl. 72, 633.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1912.
Goldmann: Das Handelsgesetzbuch, 1906, Bd. III.
Grünhut: Das Recht des Kommissionshandels, 1879.
— Mäkler- und Kommissionsgeschäfte, in: Endemanns Handb. d. Handelsrechts, III. Bd. 6. Abschn. 1885.
v. Hahn: Beitrag zur Lehre vom Kommissionsgeschäft, in ZHR. 29, 4 ff.
Hanauseck: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, 1887.
Heck: Grundriß des Sachenrechts, 1930.
Hedemann: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1924.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, 6. u. 7. Aufl. 1930 und 8. Aufl. 1933.
Klette: Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. Diss. Köln, 1928.
Koch und Schütze: Bankgeschäftliches Formularbuch, herausgegeben mit Unterstützung des Centralverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes, 1931.
Krüger: Die Wirkung des Selbsteintritts des Kommissionärs im Effektenhandel, Leipzig. Diss. 1930.
Koenige-Teichmann-Köhler: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1932.
Langen: Eigentumserwerb und -verlust am Kommissionsgut, 1900.
Lehmann-Ring: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1901.
Leitner: Bankbetrieb und Bankgeschäfte, 6. Aufl. 1923.
Lepa: Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs. 1883.
Laband: Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, Fortsetzung, in ZHR. 31, 1 ff.
Makower: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Bd. 13. Aufl. 1907.
Manigk: Irrtum und Auslegung, 1918.
— Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.
Mentzel: Kommentar zur Konkursordnung, 3. Aufl. 1928.
Metze: Das Giroeffektendepot des Berliner Kassenvereins, in ZHR. 20, 383.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, III.

Mugdan: Die gesammelten Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1899.
Muskat: Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, in ZHR. 85, 507.
Neufeld-Schwarz: Handelsgesetzbuch, 1931.
Nußbaum: Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht, 1917 (Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens, Heft I).
Oertmann: Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, 1927. Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl. 1910.
Petri: Zur Frage der Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut, in Arch. ziv. Pr. 111.
Planck-Brodmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 1913, Bd. III, 1920.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, 7. Aufl. 1929, Bd. I u. III.
Riesser-Bernstein: Das Bankdepotgesetz, 5. Aufl. 1925.
Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1901.
Römer: Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst, in ZHR. 19, 67.
Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im BGB., in Arch. Ziv. Pr. 93, 131 ff.
Ruth: Das Depotgesetz und seine Reform (Nr. 55 der von E. Heymann herausgegebenen Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Wirtschaftsrecht), Marburg 1930.
Schumann: Zur Frage vom Miteigentum beim Sammeldepot, in Heymanns Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 1930, Marburg.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl. 1929.
Spieß: Kann der Verkaufskommissionär auf den Käufer Eigentum nach § 930 BGB übertragen? in LZ. 1908, 48.
Staub-Koenige: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, III Bd. 1926, IV. Bd. 12. u. 13. Aufl. 1927.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 1925, Bd. II, 9. Aufl 1929, Bd. III, 4. Aufl. 1920.
Schaper: Der Kommissionär im Exporthandel unter bes. Berücksichtigung der Exportkommission. Diss. Frankfurt 1926
Schmidt-Rimpler: Das Kommissionsgeschäft, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, V. Bd. I, 1, 1927.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, II, 2, 1914.
Vogel: Die sachenrechtlichen Wirkungen des Kommissionsgeschäfts, Greifswald, Diss. 1919.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II, 1930.
Weidmann: Das Kommissionsgeschäft, 1908.
Welter: Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten, 1914.
Windscheid-Kipp: Pandekten, I, 8. Aufl. 1900.
Wolff, Martin: Die Ware, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, IV, 1, 1917.

Verzeichnis
der benutzten Zeitschriften, Entscheidungen usw.

Archiv für Bürgerliches Recht (Arch. bürg. R.).
Archiv für die zivilistische Praxis (Arch. ziv. Pr.).
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Jherings Jahrbücher (Jher. J.).
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (LZ.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen (RG.).
Reichsoberhandelsgericht und seine Entscheidungen (ROHG.).
Reichsgesetzblatt (RGBl.).
Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht und Prozeß.
Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung (Seuff. Bl.).
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt, (ZHR.).

1. Kapitel.

Rechtfertigung der Arbeit.

Mit dem Problem des Eigentumsübergangs bei der Ausführung einer Verkaufskommission hat man sich im Schrifttum schon des öfteren ausführlich beschäftigt.[1]) Man hat hierbei vor allem darüber gestritten, ob der Verkaufskommissionär, der mit einem Dritten einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, an diesen auf Grund einer Ermächtigung des Kommittenten gemäß § 185 BGB., oder ob er als Nichtberechtigter im Sinne von § 366 HGB. veräußere. Der Streit dürfte heute zugunsten der ersten Ansicht entschieden sein, sodaß es sich erübrigt, näher auf diese Frage einzugehen. Ein Blick auf die Praxis des Rechtslebens zeigt aber, daß damit keineswegs alle Schwierigkeiten aus dem Wege geräumt sein müssen. Denn eine Tatbestandsgestaltung, wie sie der eben besprochenen Betrachtung zugrunde liegt, kommt in Wahrheit nur höchst selten, fast gar nicht

[1]) Flechtheim, Eigentumsübertragung beim Kommissionsgeschäft, in LZ. 1908, 48 ff. Langen, Eigentumserwerb und Verlust am Kommissionsgut S. 108 ff. Spieß: Kann der Verkaufskommissionär auf den Käufer Eigentum nach § 930 BGB übertragen? in LZ 1908, 48 ff.

jedenfalls bei der Effektenkommission, vor.[1]) Die Abweichung liegt darin, daß gewöhnlich nicht ein Dritter, sondern der Kommissionär selbst unmittelbar nach dem Kommittenten Eigentümer des Kommissionsgutes wird.

1. In aller Regel führt der Bankier, dem Wertpapiere in Kommission gegeben werden, den damit abgeschlossenen Vertrag nicht durch Uebereignung an einen Dritten aus, sondern erklärt vielmehr den sogenannten „Selbsteintritt". Die Frage, wie sich hierbei der Eigentumserwerb des Kommissionärs vollziehe, ist bisher nicht zum Gegenstand eingehender Untersuchung gemacht worden, obwohl es auf der Hand liegt, daß sich gegenüber der Veräußerung an einen Dritten beträchtliche Verschiedenheiten in der juristischen Betrachtung ergeben müssen. Denn: bestreitet man dem Selbsteintritt jede rechtliche Besonderheit im Verhältnis zu dem, was sich juristisch als Regelfall darstellt, so muß man sich damit auseinandersetzen, wie es möglich ist, daß der Kommissionär beim Selbsteintritt gleichzeitig Veräußerer und Erwerber ist. Sieht man dagegen in dem Selbsteintritt einen Vorgang anderer Art, so hat all das, was für den Regelfall dargetan wurde, für den Selbsteintritt keinerlei Bedeutung, und der Eigentumsübergang muß für diesen Fall selbständig erklärt werden.

Trotz dieser dogmatischen Schwierigkeiten werden in der einschlägigen Literatur die verschiedenen Möglichkeiten, den Vorgang rechtlich zu erklären, nur kurz angegeben. — Um etwas anderes als rechtliche Erklärung kann es sich dabei allerdings nicht handeln; denn daß der Kommissionär Eigentümer des Gutes werden muß, hinsichtlich dessen er den Selbsteintritt

[1]) Vgl. Nußbaum, Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht, 1917 (Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens, Heft 1).

vollzieht, steht ja außer jedem Zweifel. Mit dieser Feststellung verliert die Frage aber nichts von ihrer praktischen Bedeutung; ganz zu schweigen von der auch bei Anerkennung der Interessenjurisprudenz stets erforderlichen dogmatischen Klarheit, hängt möglicherweise von der Konstruktion, die man als Rechtfertigung des Eigentumserwerbs wählt, der Zeitpunkt ab, in dem dieser sich vollendet. Sodann zeigt sich die Wichtigkeit klarer sachenrechtlicher Begründung immer dann, wenn der Lebenstatbestand, aus dem heraus der Erwerb zu erklären ist, an irgendeinem Mangel leidet. Nur wenn man weiß, welche Teilstücke dieses Tatbestandes für den Eigentumsübergang wesentlich sind, kann man den Einfluß der vorliegenden Fehlerhaftigkeit ermessen. Die Frage des fehlerhaften Erwerbs soll daher — gewissermaßen als „besonderer Teil“ — Gegenstand des 3. Kapitels dieser Arbeit sein. Hier sei nur kurz erläutert, was gemeint ist.

Man denke etwa an einen Fall wie den folgenden: A hat dem K einen Posten Aktien in Verkaufskommission gegeben, die Erteilung aber rechtzeitig widerrufen. Der den Widerruf enthaltende Brief ist zwar unzweifelhaft im Geschäft des K früh genug angekommen, nicht aber auch zu dessen Kenntnis gelangt. K erklärt deshalb brieflich dem A, er führe den Auftrag durch Uebernahme der Aktien aus. Wem gehören nun die Aktien? Daß durch den Widerruf der Kommission auch jede concludenter erfolgte Eigentumsübertragung von vornherein hinfällig wird, steht keineswegs fest. Das wäre nur dann der Fall, wenn es sicher sein würde, daß der Eigentumsübergang beim Selbsteintritt des Verkaufskommissionärs eine unmittelbare Wirkung des Selbsteintritts ist. Denn dieser konnte ja in unserem Beispiel wegen des Widerrufs der Kommission keinerlei Rechts-

wirkungen hervorrufen. Weiterhin würde der Widerruf den Uebergang des Eigentums verhindern, wenn die Wirksamkeit der Kommission Voraussetzung eines rechtsgeschäftlichen eigentumsändernden Tatbestandes wäre. Daß das eine oder das andere der Fall ist, muß aber in keiner Weise selbstverständlich sein. Vielmehr ist durchaus denkbar, daß auch bei Unwirksamkeit des als Kausalgeschäft erscheinenden Selbsteintritts die abstrakte Uebereignung gültig sei. Diese wäre nur dann unwirksam, wenn sich in etwas der Tatbestand der Kommissionserteilung und der der Eigentumsübertragung — auch in rechtlicher, nicht nur in tatsächlicher Beziehung — decken würden. Die verschiedenen Konstruktionsmöglichkeiten können also durchaus verschiedene Wirkungen hervorrufen.

Diese Darlegungen sollen zeigen, daß die Frage nach der juristischen Begründung des Eigentumsübergangs im Falle des Selbsteintritts keineswegs ohne Bedeutung ist.

2. Und noch eine weitere Frage untersteht dem hier zu erörternden Thema. Selbst wenn der Verkaufskommissionär das Geschäft ausnahmsweise so ausführt, wie er es in aller Regel nicht tut, nämlich durch Abschluß mit einem Dritten, so ist es dann durchaus nicht immer so, daß er diesem das Eigentum gemäß § 185 BGB. überträgt. Häufig ist er vielmehr selbst schon vorher dadurch Eigentümer geworden, daß er das Kommissionsgut mit anderen — ihm gehörenden — Gegenständen untrennbar vermengt hat. Schließlich noch: mitunter werden auch in den Fällen des fehlerhaften Erwerbs, von denen wir oben sprachen, die Vermengungsvorschriften eingreifen. Man denke gerade an das Beispiel von der Aktienkommission und führe es dahin fort, daß der Kommissionär in Unkenntnis des Widerrufs die Aktien, hinsichtlich deren er den Selbsteintritt erklärt

hat, zu seinen eigenen Beständen herübernimmt. Diese Gründe machen es notwendig, nach Durchführung der Betrachtung des Eigentumserwerbs beim geglückten und beim mißglückten Selbsteintritt auch die Wirkungen einer solchen Vermengung, wie sie in den §§ 947, 948 BGB. dargelegt sind, zu behandeln.

2. Kapitel.

Der Eigentumsübergang beim „geglückten" Selbsteintritt.

§ 1.

Ausgangspunkt.

Wenn im folgenden zunächst die sachenrechtlichen Wirkungen des Selbsteintritts untersucht werden sollen, so muß davon ausgegangen werden, daß v o r Erteilung der Verkaufskommission, ja noch bis zu der durch Selbsteintritt erfolgenden Ausführung das Eigentum am Kommissionsgut dem Kommittenten zusteht. Selbst wenn das Gut schon vorher dem Kommissionär ins Depot oder sonstwie zur Verwahrung gegeben wurde, so wäre das auf die Eigentumsfrage ohne Einfluß, es sei denn, daß vertraglich etwas anderes ausgemacht ist, wie es in den §§ 700 Abs. 2 BGB., 2 Abs. 1 Depotgesetz näher dargetan ist.

Ausführlicher Begründung bedarf in diesem Zusammenhang nur die Behauptung, auch nach Erteilung der Kommission bleibe die dingliche Rechtslage unverändert. Gedacht ist dabei allerdings nur an Fälle, in denen der Kommittent nicht ausdrücklich seinem Kommissionär das Eigentum übertragen hat, wie es nach einer Mitteilung von *Schmidt-Rimpler*[1]) während

[1]) Schmidt-Rimpler: Das Kommissionsgeschäft in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. V, Bd. I, 1, 1927, Anm. 4 zu S. 922.

der Inflationszeit im Effektenkommissionshandel des öfteren geschehen ist. Es wäre denkbar, in dem Kommissionsvertrage stets eine Abrede des Inhalts zu finden, der Kommissionär solle schon im Zeitpunkt der Kommissionserteilung Eigentümer des Gutes werden. Dieser dingliche Vertrag wäre auf den Antrag des Kommittenten hin durch stillschweigende Annahme in entsprechender Anwendung von § 362 HGB. zustande gekommen. Zwar wäre der auf dingliche Einigung abzielende Antrag des Kommittenten nicht auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet, aber der enge Zusammenhang mit dem Kommissionsvertrage würde die analoge Anwendung rechtfertigen. Hat man dagegen Bedenken, so würde sich das Gleiche aus § 151 BGG. ergeben: in dem Schweigen des Kommissionärs ist eine Annahmeerklärung zu erblicken, deren Zugang nach der Verkehrssitte nicht erwartet werden kann.[1]) Zusammen mit der Besitzübergabe oder, wenn diese schon vorher erfolgt war, im Wege der brevi manu traditio gemäß § 929 Abs. 2 BGB. wäre dieser Vertrag geeignet, das Eigentum vom Kommittenten auf den Kommissionär übergehen zu lassen.

1. Ob sich eine solche stillschweigend zustande gekommene Einigung im Einzelfall erweisen läßt, ist eine Frage der Ermittlung des Parteiwillens. Als Erkenntnismittel für diesen ist in erster Linie das Interesse der Parteien verwertbar. Man kann nun aber kaum sagen, daß es im Interesse des Kommittenten liege, das Eigentum am Kommissionsgut schon im Zeitpunkt der Kommissionserteilung auf den Kommissionär übergehen zu lassen. Denn niemand entäußert sich ohne Not seines Rechtes. Eine solche Notwendigkeit und damit — von der anderen Seite

[1]) F. Leitner: Bankbetrieb und Bankgeschäfte, 6. Aufl. 1923, S. 300.

gesehen — ein berechtigtes Interesse des Kommissionärs ist aber nicht anzuerkennen. Für dessen Rechtsstellung als Verkaufskommissionär ist nur erforderlich, daß er instand gesetzt wird, über das Kommissionsgut zu verfügen. Dazu bedarf es einer Eigentumsübertragung nicht, mag man annehmen, der Kommissionär verfüge als Berechtigter gemäß § 185 BGB. oder als Nichtberechtigter gemäß § 932 BGB, § 366 HGB. Das Erkenntnismittel der Interressenberücksichtigung führt also nicht dazu, den Schluß auf einen dinglichen Vertrag aus dem Willen der Parteien zuzulassen. Daraus ergibt sich, daß auch die Kommissionserteilung an den sachenrechtlichen Verhältnissen nichts geändert hat. Dieses Ergebnis entspricht der einhelligen — allerdings meist ohne nähere Begründung vorgetragenen — Meinung der Wissenschaft und Praxis.[1])

Der Ansicht *Staub*'s ist allerdings insofern entgegenzutreten, als er behauptet, das Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär sei ein ähnliches, wie das zwischen Treunehmer und Treugeber, wenn dieser den Lagerbestand mit der Abrede zu Eigentum übertragen hat, daß er die Waren in Besitz behalten, veräußern und den Erlös an den Treunehmer abführen solle. Rein äußerlich liegt der Vergleich zwar nahe: sowohl der Treugeber wie der Verkaufskommissionär sind — Dritten gegenüber — nicht Eigentümer. Beide verfügen wirksam über — zumindest formell — fremde Rechte, gleichgültig, ob sie dazu kraft einer Ermächtigung oder kraft des

[1]) Vgl. Dernburg, „Bürgerliches Recht", 1901, 2. Bd. 2. Abt. S. 494; Petri, „Zur Frage der Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut", in Arch. ziv. Pr. S. 390; Schaper, „Der Kommissionär im Exporthandel unter besonderer Berücksichtigung der Exportkommission", Diss. Frankfurt 1926, S. 72; Jaeger, „Kommentar zur Konkursordnung" 6./7. Aufl. 1930, Anm. 51 zu § 43; Staub-Koenige a. a. O. Anm. 35 b zu § 383.

auf ihrem Besitz beruhenden Rechtsscheins in der Lage sind.[1]) Beim fiduziarischen Verhältnis aber ist dem Treunehmer gegenüber der Treugeber Eigentümer des Treuguts geblieben. Daran ist trotz der abweichenden Ansicht namhafter Gelehrter wie *Biermann*'s[2]) und *v. Tuhr*'s,[3]) festzuhalten; es ist auch ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts.[4]) Die praktische Bedeutung dieser Auffassung liegt bekanntlich darin, daß dem Treugeber im Konkurse des Treunehmers ein Aussonderungsrecht zusteht.[5])

Die Rechtsstellung des Verkaufskommissionärs der des Treugebers für gleich erachten, hieße also, auch ihm dem Kommittenten gegenüber das Eigentum zusprechen; das aber widerspricht durchaus der Natur des Kommissionsverhältnisses, bei dem, wie wir sahen, kein Bedürfnis vorliegt, dem Kommittenten das Eigentum — wenn auch nur im Verhältnis zum Kommissionär zu nehmen. Gerade umgekehrt ließen sich, wenn überhaupt, höchstens für die nur formale Uebertragung des Eigentums Gründe denken, die aber bei einer Gesetzgebung, die einen Erwerb vom Nichteigentümer verschiedentlich anerkennt, keine Beachtung verdienten. Der Uebergang des formalen Rechts wird aber auch von *Staub* nicht behauptet.

Ebensowenig wie formell hat also materiell die Kommissionerteilung an den Eigentumsverhältnissen etwas zu ändern vermocht.

) Vgl. oben S. 8.

[2]) Biermann „Sachenrecht", 3. Aufl. 1914, § 68, 3.

[3]) v. Thur, „Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts" II, 2, S 85. Der Gegenstand „gehört" dem Gemeinschuldner zwar formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich. Vgl. auch noch W. Welter, „Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten" 1914, S. 71 ff.

[4]) RG. 45/S. 202, 79, 122; 91, 14; 94, 307.

[5]) Vgl. statt aller Mentzel, „Kommentar zur Konkursordnung", 3. Aufl 1928, Bem. 2 zu § 43, sowie Jaeger a. a. O. Anm. 40 zu § 43, der die Gewohnheitsrechtsbildung stark betont.

§ 2.
Die verschiedenen Erklärungsmöglichkeiten nach bürgerlichem Recht.

Die zur Beantwortung stehende Frage muß demnach nunmehr lauten: Geht Eigentum vom Kommittenten auf den Kommissionär durch Erklärungen und Handlungen über, die eine Ausführung der Verkaufskommission darstellen oder wenigstens als solche gedacht sind?

Gewöhnlich teilt der Kommissionär seinem Vertragsgegner mit, er „führe die Kommission durch Uebernahme des Gutes aus". Darin darf die nach § 405 Abs. 1 HGB. notwendige „ausdrückliche" Mitteilung erblickt werden, obwohl *Schmidt-Rimpler* besonders darauf hinweist, daß Worte, wie „übernehmen" etc. zur Bejahung der Ausdrücklichkeit nicht ausreichen." [1]) Gewöhnlich lassen derartige Worte durch ihre Zusammenstellung erkennen, daß sie einen Gegensatz zu dem Abschluß mit einem Dritten kennzeichnen sollen.

Es fragt sich nun: ob diese Erklärung für sich allein eigentumsverändernder Tatbestand oder ob sie wenigstens derartig Teilstück eines solchen ist, daß die Vollendung des Erwerbs nur noch von ihr abhängt?

A. Hat die Selbsteintrittsanzeige unmittelbar dingliche Wirkung?

Für die Begründung des Eigentumserwerbs kommt zunächst die Selbsteintrittsanzeige als solche (zum Unterschied von in ihr sich möglicherweise offenbarenden Willenserklärungen) in Betracht. Danach müsste der Eigentumsübergang sich ipso iure mit dem Selbsteintritt vollziehen, er müsste dessen unmittelbare Wirkung sein.

[1]) Schmidt-Rimpler a. a. O., S. 1004, Anm. 4.

I. Ob im Schrifttum eine solche dingliche Wirkung des Selbsteintritts behauptet wird, ist nicht klar erkenntlich. Allenfalls könnte *Staub*'s Auffassung [1]) dahin gedeutet werden, wenn er sagt: „Ausnahmsweise wird der Verkaufskommissionär Eigentümer des Kommissionsgutes beim Selbsteintritt" und wenige Zeilen weiter: „Ferner kann ohne Uebertragung eine Veränderung der Eigentumsverhältnisse durch . . . . Vermischung . . . . bewirkt werden". Es scheint, daß *Staub* damit den Eigentumserwerb beim Selbsteintritt dem durch Vermischung gleichstellen und damit die Ansicht vertreten will, beim Selbsteintritt handle es sich um einen gesetzlichen Eigentumsübergang. So wird die mitgeteilte Stelle jedenfalls von *Makower* [2]) verstanden. Wenn sie von *Staub* wirklich so gemeint ist, kann ihm nicht beigepflichtet werden.

II. Das Wesen des Eigentumsübergangs kraft Gesetzes besteht darin, daß er sich nicht in den Formen der §§ 925, 929 BGB. vollzieht, sondern seine Grundlage in einer besonderen Gesetzesbestimmung findet. Eine solche Sondervorschrift ist aber für den Selbsteintritt nicht gegeben. Allerdings verführt der Wortlaut des § 400 Abs. 1 HGB. zu der Auffassung, als handle es sich beim Selbsteintritt um einen sachenrechtlichen Vorgang. Denn diese Bestimmung umschreibt das Wesen des Selbsteintritts dahin, daß „der Kommissionär das Gut selbst als Verkäufer liefert . . . oder als Käufer übernimmt". — „Als Käufer übernehmen" aber heißt Eigentum an der Kaufsache erwerben (Erfüllungstatbestand gemäß

---

[1]) Staub-Koenige, Kommentar zum HGB. 4. Band 12./13. Aufl. 1927, Anm. 36 zu § 383.

[2]) Makower, Kommentar zum HGB. II, 13. Aufl. Anm. H zu § 383.

§ 433 BGB.).[1]) Da mit der Ausführungsanzeige der Selbsteintritt vollzogen ist (argumentum § 405 Abs. 3 HGB), könnte sich daraus schließen lassen, daß die Selbsteintrittserklärung dingliche Wirkung habe. Denn wenn Selbsteintritt heißt zu Eigentum übernehmen, und wenn der Selbsteintritt mit der Erklärung vollendet ist, so liegt der Gedanke nahe, daß die Erklärung unmittelbar das Eigentum übergehen lasse. Dieser Gedankengang wird aber gerade von *Staub*, bei dem allein die Vorstellung eines gesetzlichen Eigentumsüberganges anklingt, abgelehnt. *Staub* und mit ihm *Ebersbach*[2]) folgern umgekehrt aus § 405 Abs. 3, daß eben nicht erst der Eigentumsübergang, sondern schon die Erklärung des Selbsteintritts die Kommission als ausgeführt erscheinen lasse, ohne daß sie Erklärung und Eigentumsübergang einander gleichsetzen. Vielmehr nimmt *Staub* an, daß das Gesetz sich im § 400 HGB. unscharf ausgedrückt habe. Gegen diese Auffassung ist ein Widerspruch nicht laut geworden; auch logische oder grammatikalische Bedenken stehen ihr nicht entgegen.

Wenn man hierin *Staub* folgen kann, so bleibt immer noch die Frage bestehen, ob die Selbsteintrittserklärung, ohne auf diese Rechtsfolgen gerichtet zu sein, das Eigentum übergehen lasse. Bisher wurde nur dargetan, daß dieses nicht aus dem Zusammenhang von § 400 und § 405 Abs. 3 HGB. folge. Aber auch eine andere Gesetzesvorschrift, die den Eigentumsübergang ausdrücklich vorschreibt — denn das ist ja erforderlich —, ist nicht ersichtlich. *Staub*

---

[1]) So vor allem Ebersbach: „Die Wirkungen des Selbsteintritts des Kommissionärs", Marburg 1907. Krüger, „Die Wirkung des Selbsteintritts des Kommissionärs im Effektenhandel", Leipzig 1930; Staub-Koenige a. a. O. Anm. 2 zu § 400 HGB.

[2]) Ebersbach a. a. O.

teilt auch nicht mit, worin er sie erblickt, sodaß es nicht möglich ist, den Beweis für die Richtigkeit der ihm unterstellten Ansicht zu führen.

Als eine unmittelbare Wirkung der Selbsteintrittserklärung geht sonach das Eigentum am Kommissionsgut auf den Verkaufskommissionär nicht über.

B. Läßt das Parteiverhalten einen Schluß auf rechtsgeschäftlichen Erwerb zu?

Es bleibt die Frage, ob Erklärungen und Handlungen der Beteiligten den Schluß rechtfertigen, es habe auf dem rechtsgeschäftlichen Wege, den das bürgerliche Recht weist, eine Eigentumsübertragung stattgefunden.

Daß eine Erklärung des Kommissionärs, Eigentum erwerben zu wollen, stets in der Absendung der Selbsteintrittsanzeige liegt, darf angenommen werden. Zweifelhaft und deshalb streitig ist aber, worin eine Erklärung zu erblicken sei, der Veräußerer wolle Eigentum am Kommissionsgut auf den selbsteintretenden Kommissionär übertragen.

I. Die Abweichung der Rechtslage von der „Drittausführung".

Am nächsten liegt der Gedanke, daß der Eigentumsübergang sich beim Selbsteintritt genau ebenso vollziehe wie bei der gewöhnlichen Kommissionsausführung. Diese Möglichkeit wurde eingangs bereits angedeutet. Für die reguläre Ausführung der Kommission durch Veräußerung an einen Dritten ist rechtstatsächlich unbestreitbar, daß der Verkaufskommissionär auf den Dritten, mit dem er das Ausführungsgeschäft abgeschlossen hat, Eigentum am Kommissionsgut in eigenem Namen überträgt. Zweifelhaft ist dann allein, ob der Dritte gemäß § 185 BGB. oder nur auf Grund seiner Gutgläubigkeit gemäß §§ 932 BGB.

336 HGB erwirbt, eine Frage, die in unserem Zusammenhang ohne Bedeutung ist Denn vor allen Dingen ist Folgendes zu entscheiden: erklärt auch beim Selbsteintritt der Kommissionär — etwa durch Abgabe der Selbsteintrittsanzeige — er wolle an den Käufer, d. h. an sich selbst (§ 400 HGB.) Eigentum übertragen? Man kann diese Frage bejahen, wenn man annimmt, daß der Selbsteintritt eine sich in nichts Wesentlichem vom Normalfall unterscheidende Ausführung des Kommissionsauftrages darstelle. Diese völlige Gleichheit würde bedeuten, daß der Kommissionär mit sich selbst einen Kaufvertrag im eigenen Namen schließt; wer aber das Kausalgeschäft im eigenen Namen abschließt, der wird in aller Regel auch die Uebereignung in gleicher Eigenschaft vornehmen,[1]) und wenn diese durch schlüssige Erklärung erfolgt, wird sie im Zweifel als eigene Erklärung des Verkäufers aufzufassen sein. Die Frage spitzt sich mithin darauf zu, ob im Falle des Selbsteintritts der Kommissionär mit sich selbst einen Kaufvertrag schließe.

1. Das wird von *Grünhut* in seinem 1879 erschienenen Buche über „Das Recht des Kommissionshandels“ behauptet. *Grünhut* vertritt den Standpunkt, daß der Selbsteintritt Ausführung der Kommission sei. Einer solchen sei aber wesentlich, daß der Kommissionär im eigenen Namen kaufe oder verkaufe. Deshalb müsse man annehmen, daß der selbsteintretende Kommissionär das Ausführungsgeschäft „in sich“ abschließe, er sei „so zu behandeln, als ob er in seiner Person die doppelte Eigenschaft des Käufers und Verkäufers vereinigte“.[2]) Daß *Grünhut* aus dieser Auffassung auch die notwendige Folgerung ziehen und

[1]) Rümelin, „Das Handeln im fremden Namen im BGB.“, in Arch. ziv, Pr. 93/131, insbes. S. 183.

[2]) Grünhut a. a. O. S. 484.

behaupten will, der Kommissionär übertrage Eigentum an sich im eigenen Namen, wird von ihm nicht ausdrücklich gesagt, es ergibt sich aber wohl als seine Meinung aus der Bemerkung, dem Kommissionär stehe gegen den Kommittenten die actio mandati (contraria) zur Verfügung. (S. 486 Anm. 37.) Denn das kann von seinem Standpunkt aus nur dahin aufgefaßt werden, der Kommittent habe dem Kommissionär gegenüber die gleichen Verpflichtungen wie bei der gewöhnlichen Ausführung der Kommission. Dazu gehört aber die Eigentumsverschaffung nicht. Wenn nun der Kommittent dem Kommissionär das Eigentum nicht zu übertragen braucht, so kann — da dieser doch zweifellos Eigentümer werden muß — nur angenommen werden, daß der Kommissionär es sich selbst übertragen müsse.

Dieser sogen. „*Grünhut*'schen Theorie" haben sich nur wenige angeschlossen.[1]) Im übrigen ist in der Wissenschaft zwar vielfach zugegeben worden — insbesondere gerade von der heut herrschenden Lehre — daß der Selbsteintritt Kommissionsausführung sei, man war sich aber von Anfang an einig in der Ablehnung der Auffassung, daß diese Ausführung immer im eigenen Namen vorgenommen werden müsse. In der positiven Konstruktion ist eine ähnliche Einheitlichkeit nicht erzielt worden. Es ist hier nicht der Ort, kritisch auf die einzelnen Theorien, die über das Wesen des Selbsteintritts aufgestellt sind, einzugehen. Die Stellungnahme zu ihnen ist für die Entscheidung der vorliegenden Rechtsfrage unerheblich. Beantwortung verlangt nur die grundsätzliche Frage, ob *Grünhut* beizupflichten ist, wenn er sagt, auch beim

---

[1]) So insbes. Hanauseck, „Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware", I, S. 203 ff., S. 212 ff. (zit. nach Breit, „Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs", 1899, S. 54).

Selbsteintritt bestehe zwischen Kommittent und Kommissionär nur ein Kommissionsverhältnis, den Kaufvertrag schließe der Kommissionär „in sich“ ab.

2. Allerdings ist, wenn man die Frage so stellt, zu beachten, daß es sich bei ihrer Beantwortung heut kaum noch um die Stellungnahme zu einer Streitfrage, sondern fast schon darum handelt, geltendes Recht als vorliegend zu erweisen. Denn das Zustandekommen eines Kaufvertrages zwischen Kommittent und Kommissionär muß angesichts der Einhelligkeit in der heutigen Wissenschaft und Praxis als Gewohnheitsrecht angesehen werden. Gegenstand der folgenden Darlegungen ist es deshalb in erster Linie, die Gedankengänge der herrschenden Meinung aufzuzeigen und damit nachzuweisen, daß ihr Ergebnis sich einhellig gegen *Grünhut* kehrt. Wenn sich diese Meinung mit dem Standpunkt der Praxis deckt, dürfte damit das Vorliegen einer Gewohnheitsrechtsbildung erwiesen sein, sodaß auf jeden Fall der so gefundene Standpunkt und nicht etwa eine abweichende eigene Meinung der Entscheidung zu Grunde zu legen wäre.

a) Gegen *Grünhut* ist eingewandt worden, seine Theorie sei mit dem bürgerlichen Gesetzbuch deshalb nicht vereinbar, weil ihr § 181 BGB. entgegenstehe, der es grundsätzlich untersagt, daß ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich selbst oder mit sich als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornehme. Dieses von *Breit* [1]) vorgebrachte Bedenken wird von *Schmidt-Rimpler* [2]) mit Recht für nicht stichhaltig erklärt. § 181 BGB. handelt nur von der unmittelbaren Stellvertretung, deren Wesen darin zu finden ist, daß jemand im Namen eines anderen und mit Wirkung für und gegen diesen

[1]) Selbsteintritt, S. 55.
[2]) a. a. O. S. 1021.

Abraham: [1]) „Die gesetzlichen Vorschriften werden in fingierte Aeußerungen des Parteiwillens aufgelöst."

Wäre eine dieser Ansichten und damit die von ihnen angewandte Fiktion richtig und mit dem geltenden Recht in Einklang, so würde man annehmen können, daß der Kommittent die in Frage stehende Kenntnis hatte. Nach § 400 HGB. ist nun aber der Selbsteintritt nicht Annahme eines Kaufangebotes, sondern Ausführung der Kommission in einer vom Gesetz zur Verfügung gestellten Weise.[2]) Danach ist — zumindest seit dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs — für eine Fiktion kein Raum mehr, und es bedarf keiner Untersuchung, ob es früher anders war.

Die Notwendigkeit einer juristischen Konstruktion, von der die Offertentheorien ausgingen, rechtfertigt also nicht die Annahme der Kenntnis des Selbsteintritts auch in den Fällen, in denen sie nachweislich nicht vorhanden war.

Es bleibt aber die Möglichkeit, daß ein Handelsbrauch bestehe, demzufolge der Kommittent sich durch den Kommissionsauftrag stillschweigend mit dem Selbsteintritt einverstanden erklärt. Wenn dem so wäre, könnte der Kommittent sich im Einzelfall nicht auf seine Unkenntnis dieses Handelsbrauchs und des Selbsteintrittsrechtes berufen.[3]) Das Bestehen eines derartigen Handelsbrauches wird jedoch in der Wissenschaft nicht anerkannt.[4]) Daß auch das Reichsgericht dieser Ansicht ist, ist von ihm bisher nicht

---

[1]) Abraham: „Ueber den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten", Greifsw. Diss 1884, S. 21; ähnl. Lepa a. a. O. S. 263 ff. u. — berichtend — Grünhut, „Mäkler- und Kommissionsgeschäfte", in Endemann, Handb. d. Handelsrechts, III, S. 260.

[2]) Breit a. a. O. S. 56.

[3]) J. v. Gierke, „Handelsrecht", Aufl. 1929, S. 80, RG. 95, 243.

[4]) Staub-Koenige, a. a. O. Anm. 6 zu § 405.

ausgesprochen worden; denn die von *Staub* als Beleg für seine Auffassung herangezogene Entscheidung (RG. 96, 7) setzt das Nichtbestehen der Handelssitte nicht deshalb voraus, weil das Reichsgericht davon überzeugt ist, sondern weil der Senat an die Tatsachenfeststellungen des Vorrichters gebunden war.[1])

Aus keinem Grunde ist also die Kenntnis des Kommittenten ohne weiteres zu unterstellen, und daran scheitert jede Auffassung, die glaubt, daß bei der Kommissionserteilung der Kommittent sich stets bedingt über den Eigentumsübergang einigen wolle.

Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob nicht vielleicht im Einzelfall der Kommittent das Selbsteintrittsrecht doch gekannt habe. Das wird immer dann der Fall sein, wenn dem Kommissionsvertrag allgemeine Bankbedingungen zu Grunde gelegen haben, und diese die Vereinbarung enthalten, daß der Kommissionär stets den Selbsteintritt vollziehen dürfe. Dies ist in aller Regel der Fall.[2]) Da derartige Bedingungen Bestandteil jedes Einzelvertrages werden, der zwischen Bank und Kunde geschlossen wird, darf immer angenommen werden, daß der Kommittent ihren Inhalt kennt. In diesen und in manchen anderen nicht als Typen erfaßbaren Fällen ist also dem von uns aufgestellten Mindesterfordernis[3]) genügt. Daraus folgt aber noch nicht die Möglichkeit, den Uebereignungswillen des Kommittenten anzunehmen. Denn wenn der Kommittent auch gewußt

[1]) Nürnberg LZ. 1919, 333, 2.

[2]) Vgl. insbes. das im Auftrag und unter Hilfe des „Zentralverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes", herausgegebene „Bankgeschäftliche Formularbuch" von Koch und Schütz. Nr. 4 der dort empfohlenen allgemeinen Bankbedingungen lautet: „Das Bankhaus führt alle ihm zugehenden Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren, Wechseln, Schecks, Devisen und Sorten durch Selbsteintritt aus".

[3]) Oben S. 24.

hat, daß dem Kommissionär ein Selbsteintrittsrecht zusteht, so ist damit noch nicht gesagt, daß er ihm für den Fall der Ausübung dieses Rechtes das Eigentum hat übertragen wollen. Man wird vielmehr annehmen müssen, er wollte dem Kommissionär nur die Rechtsstellung einräumen, die dieser braucht, um sich das Eigentum am Kommissionsgut selbst zu verschaffen. Bei der gewöhnlichen Ausführung überträgt der Kommissionär Eigentum auf den Käufer als indirekter Vertreter des Kommittenten. Er ist dazu gemäß § 185 BGB. vom Kommittenten ermächtigt.[1]) Die früher herrschende Meinung,[2]) daß der Dritte gemäß § 932 BGB. § 366 HGB. vom Nichtberechtigten erwerbe, ist deshalb nicht haltbar, weil der Anwendung von § 185 BGB. auf sachenrechtlichem Gebiet nicht das geringste Bedenken entgegensteht,[3]) und weil in der Kommissionserteilung eine Ermächtigungserklärung ohne Bedenken gefunden werden kann. Der Kommittent wollte sich des Kommissionsgutes ja entäußern. Auf diesen letzten Gesichtspunkt weist *Schmidt-Rimpler* wohl nur deshalb nicht hin, weil er selbstverständlich scheint. Der Wille des Kommittenten dürfte für den Regelfall also dahin gegangen sein, der Kommissionär solle den Dritten zum Eigentümer machen, und es liegt der Gedanke nahe, daß er diesen Willen in Erinnerung an das Selbsteintrittsrecht dahin erweitert habe, im Falle der Ausübung dieses Rechtes solle der Kommissionär das Eigentum an sich übertragen. Notwendig sollte

---

[1]) Absolut herrschende Lehre vgl. Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 923. Flechtheim, „Eigentumsübertragung beim Kommissionsgeschäft“ in LZ. 1908, 48. RG. 92/347 u. oft.

[2]) Vgl. OLG. Naumburg, 9. April 1906 (angeführt bei Spiess, Kann der Verkaufskommissionär auf den Käufer Eigentum nach § 930 BGB. übertragen? in LZ. 1908, 690. Lehmann-Ring 1901, § 397, Nr. 7.

[3]) Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 923 Anm. 6.

jedenfalls ein aktives Verhalten des Kommissionärs sein. Da er bei der Uebertragung an sich selbst, wie wir sahen, nicht als indirekter Vertreter (im eigenen Namen) handeln kann, bleibt nur die Annahme einer Bevollmächtigung. Darüber soll an anderer Stelle ausführlich gesprochen werden. Die Ablehnung des Gedankens an eine bedingte Einigungserklärung des Kommittenten ergibt sich jedenfalls daraus, daß nicht ersichtlich ist, ob diese seinem Willen entsprochen habe. Sollte man hierin abweichender Meinung sein, so ist zu beachten, daß dadurch eine andere Entscheidung nur in den Fällen gerechtfertigt würde, in denen der Kommittent das Selbsteintrittsrecht kannte. In allen übrigen blieben dann auch die oben geäußerten Bedenken in vollem Umfange bestehen.

2. Die Auslegung der Selbsteintrittsanzeige.

Da nach unserer Auffassung keinesfalls in der Kommissionserteilung eine (bedingte) Einigungsofferte gefunden werden kann, bleibt als einzige Möglichkeit anzunehmen, daß der Kommissionär eine unbedingte Angebotserklärung als Vertreter des Kommittenten sich selbst gegenüber abgegeben habe. § 181 BGB.

a) Es fragt sich daher: Ist in der Selbsteintrittsanzeige oder in einem gleichzeitigen Verhalten, aus dem hervorgeht, der Kommissionär wolle den Eintritt als vollzogen betrachten (wie z. B. die Ansichnahme des Kommissionsgutes) die schlüssige Willenserklärung des Kommissionärs, die er an sich selbst richtet, zu erblicken, daß er als Vertreter des Kommittenten sich selbst zum Eigentümer des Kommissionsguts machen wolle? Mit der Erklärung, er übernehme das Gut, sagt der Kommissionär, er mache von dem ihm gesetzlich zustehenden Recht des Selbsteintritts Gebrauch, und er wolle alles das, was Vertrag oder Gesetz ihm als Ausfluß dieses Rechtes gewähren.

Die Frage ist also, ob Gesetz oder Vertrag ihm die Macht geben, als Vertreter des Kommittenten die Einigungserklärung an sich abzugeben. Im Schrifttum wird vielfach angenommen, daß immer, wenn der Kommissionär bereits im Besitz der Ware ist, er als ermächtigt angesehen werden muß, die dingliche Einigung gemäß § 181 BGB. mit sich selbst zu schließen.[1])

b) Für eine eigene Stellungnahme ist zu unterscheiden:

Es ist bereits darauf hingewiesen worden,[2]) daß unter einer Voraussetzung jedenfalls angenommen werden kann, der Kommittent erteile mit dem Kommissionsauftrag stillschweigend dem Kommissionär Vollmacht zur Eigentumsübertragung an sich selbst, dann nämlich, wenn der Kommittent das Selbsteintrittsrecht kannte und seine Ausübung wollte. Aus dem dabei Gesagten ergibt sich auch, daß in diesen Fällen von einer Fiktion keine Rede sein kann, sodaß der Vorwurf, den *Schmidt-Rimpler*[3]) ein für alle Mal gegen die Annahme einer Vollmacht erhebt, „sie sei in den meisten Fällen Fiktion", die hier gemeinten nicht treffen kann.

Bevor darauf eingegangen werden kann, ob auch in den übrigen, von der oben gemachten Voraussetzung nicht erfaßten Fällen das Vorliegen einer Vollmacht bejaht werden kann, ist es notwendig, schon für die erste Gruppe eine Einschränkung zu machen: Es muß angenommen werden, daß die Voll-

---

[1]) So Makower a. a. O. Bem. H zu § 383. Koenige, Komm. z. HGB. 1932, Anm. 6 zu § 383. H. Klette, „Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs" Köln. Diss. 1928. A. A. außer denen, die oben als Anhänger der bedingten Einigungsofferte bezeichnet wurden, noch Schmidt-Rimpler a. a. O. 1925 u. Dür. Hach. Lehmann a. a. O. Anm. 61 zu § 400.

[2]) Oben S. 27.

[3]) A. a. O. S. 1025.

machtserteilung nur darauf gerichtet war, der Kommissionär dürfe das Eigentum an sich zu dem Zweck übertragen, damit die Verbindlichkeiten zu erfüllen, die sich für den Kommittenten ihm gegenüber aus dem Selbsteintritt ergeben. Hiernach wird es zweifelhaft, ob der Kommissionär Vollmacht hatte, schon in dem Zeitpunkte, da er die Selbsteintrittsanzeige abgab, (durch diese oder ein sonstiges konkludentes Verhalten) das Einigungsangebot zu erklären.

Schmidt-Rimpler verneint das mit der Begründung, daß in diesem Zeitpunkt der Kommittent zur Eigentumsverschaffung noch nicht verpflichtet gewesen sei. Die Verbindlichkeit des Kommittenten entstehe vielmehr erst dann, wenn ihm die Ausführungsanzeige zugegangen sei.[1])

Will man die Richtigkeit dieser Auffassung nachprüfen, so muß man zunächst fragen, ob wirklich die Verbindlichkeit erst mit dem Zugang der Anzeige entstehen kann. Wenn hierin der Meinung *Schmidt-Rimpler*'s beizupflichten sein sollte, so würde sich dann noch die Frage erheben, ob daraus in Verbindung mit dem oben aufgestellten Satz, die Vollmacht sei nur auf die Erfüllung der Verbindlichkeit gerichtet, notwendig folge, der Kommissionär dürfe erst nach Zugang der Anzeige die Willenserklärung abgeben.

Wann ist die Verpflichtung des Kommittenten, dem Kommissionär das Eigentum am Kommissionsgut zu übertragen, entstanden?

Die sich aus dem Selbsteintritt ergebenden Verbindlichkeiten entstehen in dem Augenblick der Vollendung des Selbsteintritts. Dieser geschieht gemäß § 405 HGB. durch ausdrückliche Willenserklärung, da ja die Ausführungsanzeige ohne eine solche als

---

[1]) A. a. O. S. 1025 Anm. 14.

Erklärung des Abschlusses mit einem Dritten gilt.[1]) Wie der Zeitpunkt der Vollendung dieser Willenserklärung dabei zu bestimmen ist, ist im Schrifttum sehr umstritten. Die Meinungsverschiedenheit nimmt von § 400 Abs. 2 S. 2 HGB. ihren Ausgangspunkt. Dort wird bestimmt, daß als Zeitpunkt der Ausführung derjenige Augenblick gilt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat. Daraus folgert die herrschende Lehre, daß die Ausführungsanzeige zwar, wie jede Willenserklärung gemäß § 130 BGB. empfangsbedürftig sei, daß aber, wenn der Zugang erfolgt ist, die Wirksamkeit auf den Zeitpunkt der Absendung „zurückdatiert" werde. Sie glaubt vor allem, daß damit eine endgültige und allgemeine Regelung über das Wirksamwerden der Ausführungsanzeige getroffen sei.[2]) Im Gegensatz dazu zieht *Schmidt-Rimpler*[3]) in der Bestimmung des § 400 Abs. 2 S. 2 HGB. eine Sondervorschrift für die Frage der Rechnungslegung, die sich im § 405 Abs. 3 entsprechend für den Widerruf der Kommission noch einmal finde. Dieser Standpunkt wird von *Schmidt-Rimpler* mit der Stellung der Vorschrift im Gesetz begründet: damit, daß sie mit der Regelung der Rechenschaftspflicht in einem Abschnitt des gleichen Paragraphen zusammengefaßt sei, werde zum Ausdruck gebracht, im Sinne dieser Vorschrift, nicht allgemein, solle als Zeit der Ausführung die der Absendung gelten. Das gehe auch daraus hervor, daß für eine derartige Zeitbestimmung bei der Rechenschaftslegung ein besonderes

---

[1]) Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 1004.

[2]) So mit fast gleichlautenden Worten und ohne eingehende Begründung Dür. Hachenburg-Lehmann Anm. 36 zu § 400, Staub-Koenige, Anm. 15 zu § 400, Makower Bem. II b zu § 400. Breit, „Selbsteintritt" S. 126, RG. 102, 16 — DJZ. 21, 626.

[3]) A. a. O. S. 1014.

Bedürfnis bestehe: Der Kommissionär müsse im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung die Folgen seines Entschlusses übersehen können. Ebenso sei eine derartige Regelung für den Widerruf notwendig, während sie in den übrigen Fällen wegen der Nachteile, die Schwebelagen stets mit sich bringen, besser zu vermeiden sei. Dieser Standpunkt verdient den Vorzug vor dem von der herrschenden Lehre vertretenen.

Die Gegner *Schmidt-Rimplers* könnten ihre Auffassung auf zweierlei Weise zu begründen suchen. Sie könnten sich auf den — ganz allgemein gefaßten — Wortlaut des § 400 Abs. 2 S. 2 HGB. stützen, und aus der allgemeinen Fassung die allgemeine Geltung folgern. Sie könnten aber auch zugeben, daß § 400 Abs. 2 S. 2 ebenso wie § 405 Abs. 3 unmittelbar nur für den Zusammenhang gelte, in dem er steht, dann jedoch in diesen beiden Bestimmungen den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens sehen, dem sie im Wege der sogen. „Rechtsanalogie“ [1]) Geltung verschaffen. Keiner dieser beiden Gedankengänge ist zwingend.

Zunächst der erste: Ueber die Tragweite einer Bestimmung kann ihr Wortlaut dann nicht entscheiden, wenn der Zusammenhang eine vom Wortlaut abweichende Auslegung verlangt. Eine allgemein gehaltene Bestimmung kann deshalb nur dann nicht anders als allgemein aufgefaßt werden, wenn sie zwischen anderen allgemeinen Rechtssätzen steht. § 400 Abs. 2 S. 2 HGB. ist aber Teil einer Bestimmung, die nur von der Rechenschaftslegung handelt; es scheint deshalb angebracht, seinen Inhalt nur darauf zu beziehen. Wollte man die allgemeine Geltung bejahen, so wäre übrigens nicht ersichtlich, welche Bedeutung § 405 Abs. 3 haben sollte, der

[1]) Ueber den Begriff vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, 1921, § 53, II 1 b, S. 120.

auftritt. Denn § 181 ist ein Teil der in den §§ 164 ff. BGB. niedergelegten umfassenden Regelung der unmittelbaren Stellvertretung. *Grünhut* behauptet aber, daß der Kommissionär in eigenem Namen auftrete, daß er (bei der Verkaufskommission) auch auf der Verkäuferseite Subjekt des Kaufverhältnisses sei. Es käme also höchstens indirekte Stellvertretung in Betracht, und daß dann § 181 BGB. entgegensteht, kann man nur sagen, wenn man annimmt, daß diese Bestimmung hier entsprechend anzuwenden sei. Die Möglichkeit der Analogie ist aber von *Breit* weder behauptet noch hinreichend dargetan.

b) Deshalb begründet man die Ablehnung der *Grünhut*'schen Theorie ganz allgemein heut mit einem Gedanken, der besonders deutlichen Ausdruck in einer Entscheidung des Reichsgerichts gefunden hat. Darin wird gesagt: „Es ist nicht nur nach positiven Rechtsvorschriften unzulässig, sondern an sich undenkbar, daß eine Person in eigenem Namen handelnd mit sich als ebenfalls im eigenen Namen Handelndem einen Vertrag abschließen könne".[1]) *Muskat*[2]) behauptet, daß dieser Gedanke schon im römischen Recht anerkannt war, und er begründet das mit einem Hinweis auf L. I. § 2 D. de pactis 2, 14, wo der Begriff Vertrag umschrieben wird als „duorum pluriumve in idem placitum et consensus". Das römische Recht dürfte jedoch zur Aufzeigung dieses allgemeinen Rechtsgedankens wenig geeignet sein; denn auch *Grünhut* ist in der Lage, auf die Pandekten zurückzugehen. Nach L. 9 pr. D. 2, 14 gilt der Satz: „unus homo plures sustinere potest personas", und es ist zumindest sehr zweifelhaft, ob damit nur das Selbstkontrahieren des Vertreters gestattet werden

[1]) RG. 5, 59.

[2]) Muskat „Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst", in ZHR. 33, 507, insbes. S. 571.

sollte, oder ob die Stelle nicht vielmehr besagt, daß die zwei Personen, die als Denkfiguren in jedem Vertrag erforderlich sind (emtor-venditor, locator-conductor) in einer so verkörpert sein können, daß diese zweifaches Subjekt sei. Wenn sonach auch die Pandekten in ihrem Wortlaut keinen Beweis gegen *Grünhut* liefern, so entkräftet das in keiner Weise die Behauptung, einer entwickelten Rechtswissenschaft sei der Gedanke eines „Vertrages in sich selbst" nicht vollziehbar. Auf diese begriffliche und gedankliche Unmöglichkeit hat neben dem Reichsgericht in aller Schärfe *von Hahn* [1]) hingewiesen. *Grünhut* will sich dagegen mit dem Einwand verteidigen, es handele sich bei seiner Theorie nur um eine Fiktion, nur in formeller Hinsicht wäre der Kommissionär Verkäufer, während es materiell der Kommittent sei. Ganz abgesehen davon, daß die eigenen Darlegungen *Grünhut*'s dieser Einschränkung widersprechen — er gibt ja dem Kommissionär nur die actio mandati und nicht die Kaufklage —, ist dagegen mit *von Hahn* zu sagen, daß „mit einem an sich undenkbaren Rechtsverhältnis in keiner Richtung operiert werden dürfe".[2]) Auf diesem Standpunkt steht mit dem Reichsgericht und *von Hahn* die überwiegende Mehrheit der Juristen [3]) Diese Einhelligkeit in dem Standpunkt von Wissenschaft und Praxis läßt den Schluß auf eine Gewohnheits-

---

[1]) v. Hahn, „Beitrag zur Lehre vom Kommissionsgeschäft", in ZHR. 29, 4.

[2]) Vergl. Grünhut a. a. O. S. 486 und v. Hahn S. 4.

[3]) So Breit „Selbsteintritt", S. 55. Langen, „Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften", 1900, S. 58, Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 1021. Römer, „Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst" in ZHR. 19, 67; gegen Grünhut auch, ohne ihn ausdrücklich abzulehnen und ohne deshalb auf die begriffliche Unmöglichkeit seiner Konstruktion einzugehen, Staub-Koenige Anm. 16 zu § 400.

rechtsbildung zu, und damit ist erkannt, daß nach geltendem Recht durch den Selbsteintritt ein Kaufverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär zustande kommt. Daraus ergibt sich, wie oben (S. 14) dargelegt wurde, daß in der Selbsteintrittsanzeige eine Erklärung des Kommissionärs, er wolle im eigenen Namen Eigentum auf den Kommittenten übertragen, nicht gefunden werden kann.

II. Die Uebereignungserklärung des Kommittenten.

Wenn sonach der Kommissionär weder die Uebereignung vornehmen durfte noch es conkludenter getan hat, bleibt als einzige Möglichkeit, zu fragen, ob der Eigentümer selbst — das ist der Kommittent — eine Einigungserklärung abgegeben habe.

Es ist im Schrifttum umstritten, inwieweit eine solche Erklärung aus dem Verhalten des Kommittenten geschlossen werden könne. Die in Betracht kommenden Möglichkeiten und die in der Literatur vertretenen Ansichten sollen nunmehr nachgeprüft werden. Dabei müssen solche Schriften (insbesondere Inauguraldissertationen) außer Betracht bleiben, die sich mit einem Hinweis auf den Erwerb des Eigentums gemäß § 929 BGB. begnügen, ohne anzugeben, worin sie die Uebereignungserklärung des Eigentümers oder des sonstigen Veräußerers erblicken.[1]) Eine Auseinandersetzung ist hier nicht möglich.

1. Die Theorie des bedingten Einigungsangebots.

Zunächst ist denkbar, und im Schrifttum gelegentlich für vorliegend erachtet worden, daß schon

[1]) So z. B. Vogel: „Die sachenrechtlichen Wirkungen des Kommissionsgeschäftes", Diss. Greifswald, 1919, S. 16: Der Kommissionär erwirbt durch seine Eintrittserklärung ipso iure das Eigentum am Kommissionsgut.

durch Abgabe des Kommissionsauftrages der Kommittent schlüssig erkläre, er wolle Eigentum auf den Kommissionär unter der Bedingung übertragen, daß dieser die Kommission durch Selbsteintritt ausführe. Eine solche Auffassung wird in der Wissenschaft allerdings nur vereinzelt vertreten, so besonders von *Dernburg*,[1]) *Lehmann-Ring*[2]) und im Anschluß an beide von *Ebersbach*.[3]) Aehnlich begründet wohl auch *Langen*[4]) den Eigentumsübergang. Mit der Kommissionserteilung „ermächtige" der Kommittent den Kommissionär, Eigentum am Kommissionsgut zu erwerben. Wenn man die vom Bürgerlichen Gesetzbuch verwendeten Begriffe zugrunde legt, so kann das nur bedeuten, der Kommittent erkläre bedingt sein Einverständnis mit dem Erwerb des Kommissionärs, also ein bedingtes Einigungsangebot.

Mit gleichem Recht könnten übrigens alle diese Schriftsteller auch die Auffassung vertreten, daß nicht der Inhalt des Angebots — so ist ihr Standpunkt wohl aufzufassen —, sondern dessen Abgabe selbst unter einer Bedingung stehe, daß die Offerte also nicht laute: „Ich übereigne unter der Bedingung des Selbsteintritts", sondern vielmehr „ich erkläre bedingt, daß ich (unbedingt) übereignen will", Das hätte zur Folge, daß erst nach Vollendung des Selbsteintritts das Angebot wirksam angenommen werden könnte, im übrigen aber gilt für diese Version alles das, was im folgenden für die erstgenannte Auffassung gesagt werden wird.

---

[1]) Dernburg, Bürg. Recht, 1901, II, 2, S. 494. Die Uebereignung vollziehe sich erst durch Einigung mit dem Kommittenten, welche aber auch im voraus für diesen Fall erklärt sein kann.

[2]) Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB. 1901, Bem. 7 zu § 393.

[3]) Ebersbach a. a. O. S 72.

[4]) Langen a. a. O. S. 62.

a) Wenn nun geprüft werden soll, ob durch eine vom Kommittenten selbst abgegebene Einigungsofferte eine dingliche Einigung angebahnt worden ist, so fragt es sich zunächst, ob eine so bedingte Erklärung Rechtswirkungen überhaupt hervorrufen könnte. Erst wenn man das weiß, ist es zweckvoll, aus dem Verhalten des Kommittenten eine derartige Erklärung im Wege der Auslegung ermitteln zu wollen. Unwirksam wäre die Erklärung dann, wenn die Bedingung unzulässig wäre, da nicht anzunehmen ist, daß ohne die Bedingung des Selbsteintritts die Einigungserklärung abgegeben werden würde. § 139 BGB.

Bedenken gegen die Zulässigkeit lassen sich nicht daraus herleiten, daß der Eigentumsübergang von einer Bedingung abhängig ist, deren Eintritt auf dem Willen dessen beruht, der erwerben soll. Denn das steht mit dem Wesen der echten Bedingung, die ein ungewisses zukünftiges Ereignis darstellt,[1]) in keiner Weise im Widerspruch.[2]) Weil so die dogmatische Unbedenklichkeit sich schon aus dem Wesen der Bedingung ergibt, ist es nicht erforderlich, § 495 BGB. als Beweis heranzuziehen, wie das Reichsgericht es tun will.[3]) Es ist das aber nicht einmal förderlich: wenn das Reichsgericht den Kauf auf Probe als Beweis für die allgemeine Zulässigkeit einer Bedingung anführt, die auf den Willen des durch den Vertrag Berechtigten gestellt ist, so läßt sich darauf, wie stets bei einer derartigen Beweisführung, erwidern, daß allgemein Geltendes nicht in einem Einzelfall ausdrücklich gesagt sein müsse, daß also die Annahme einer Sondervorschrift nahe-

[1]) v. Tuhr, Allg. Teil, 1914, II, 2, S. 270.
[2]) v. Tuhr, a. a. O. S. 275.
[3]) RG. 72, 384; 77, 417.

liege.[1]) Es ist der alte Gegensatz von argumentum e contrario und der Annahme einer Erwähnung als Beispiel, den aufzutun man nach Möglichkeit vermeiden sollte.

Ebensowenig steht entgegen, daß der Bedingungseintritt auch vom Willen dessen abhängt, der die Bedingung gesetzt hat. Zwar ist die Zulässigkeit einer derartigen Bedingung im Schrifttum sehr umstritten.[2]) Zwar ist auch zuzugeben, daß durch die Möglichkeit, zu widerrufen, der Kommittent tatsächlich Einfluß auf Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung hat, es kann aber, wenn man über die Wirkungen streitet, die der Einfluß des Erklärenden auf die Wirksamkeit der Bedingung hat, nur ein solcher Einfluß gemeint sein, der bei Bedingungssetzung gesehen und vorausgesetzt ist; denn nur dann ist der Verpflichtungswille in Frage gestellt. Das aber wird stets dann der Fall sein, wenn der Bedingungseintritt positiv vom Willen des bedingt Erklärenden abhängig ist, nicht aber dann, wenn dieser den — ohne seine Entschließung zustandekommenden — Eintritt nur verhindern kann. So ist es hier. Daß die Möglichkeit einer derartigen Einflußnahme die Zulässigkeit nicht ausschließt, zeigt deutlich § 162 BGB., der voraussetzt, daß der Eintritt einer Bedingung von dem, zu dessen Nachteil er gereichen würde, verhindert werden kann. Erst wenn eine wider Treu und Glauben verstoßende Verhinderung geschehen ist, sollen sich Rechtsfolgen ergeben, die aber die Wirksamkeit der Bedingung unberührt lassen.

Deshalb ist eine Erklärung des Kommittenten, er wolle Eigentum auf den Kommissionär unter der Bedingung übertragen, daß dieser die Kommission durch

---

[1]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1900, I, § 162 Anm. 7.

[2]) Planck, Kommentar zum BGB. 1913, Anm. 8 zu § 158 und die dort Angeführten

Selbsteintritt ausführt, möglich und geeignet, Teilstück einer dinglichen Einigung zu werden.

b) Immer wenn der Kommittent, wie als Regel angenommen werden muß, eine derartige Erklärung nicht ausdrücklich abgegeben hat, muß gefragt werden, ob sie aus seinem Verhalten geschlossen werden kann. In Betracht kommt dafür zunächst die Erteilung der Verkaufskommission.

Die Auslegung einer konkludenten Willenserklärung muß dort beginnen, wo auch die der ausdrücklichen Erklärung ihren Anfang nimmt, bei der Erforschung des Willens. Zwar ist von *Danz*[1]) versucht worden, für die Auslegung ganz allgemein den äußeren Erklärungstatbestand zum Ausgangspunkt zu machen; gegen ihn hat aber *Manigk*[2]) überzeugend nachgewiesen, daß dem Willen die entscheidende Stellung zukommen müsse Dies ist auch der in ständiger Praxis angewandte Grundsatz des Reichsgerichts.[3]) Die Auslegungsmethode muß deshalb die gleiche sein wie bei der ausdrücklichen Erklärung, weil beide Arten der Willenserklärung sich nicht im Willen, der nach *Manigk* Ausgangspunkt sein soll, sondern im äußeren Erklärungstatbestand unterscheiden. Denn „ausdrücklich erklärt ist das, was sich nach dem Sprachgebrauch als erklärt ergibt. Konkludent erklärt ist das, was sich nach anderen Gesetzen, denen der Logik, der Usance u. a. als erklärt ergibt."[4]) Um festzustellen, ob der Kommittent mit der Kommissionserteilung schlüssig erkläre, er wolle auf den Kommissionär Eigentum für den Fall übertragen, daß dieser den Selbsteintritt vollzieht,

---

[1]) Danz, „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte," 1897.

[2]) Manigk, „Irrtum und Auslegung," 1918, insbes. S. 190 ff.

[3]) RG. 59, 219 und oft.

[4]) Manigk, „Willenserklärung und Willensgeschäft", 1907, S. 304.

ist es also notwendig, zu fragen, ob er eine Erklärung dieses Inhalts gewollt habe. Wollen setzt Wissen voraus; nur was bis zum Bewußtsein des Menschen gelangt ist, kann Gegenstand seines Willens sein. Gegenstand des Willens müßte im vorliegenden Fall nicht nur die Uebereignung sein, sondern auch die Besonderheit, daß sie nur geschehen solle, wenn der Kommissionär eintritt. Die Kenntnis der Möglichkeit des Selbsteintritts ist deshalb Mindesterfordernis der Bejahung eines auf bedingte Eigentumsübertragung gerichteten Willens.

Daß der Kommittent diese Kenntnis stets habe, wurde von den zur Erklärung der Rechtsnatur des Selbsteintritts aufgestellten „Offertentheorien" angenommen.[1]) Diese behaupten, daß der Kommittent dem Kommissionär mit der Kommissionserteilung gleichzeitig ein Kaufangebot mache. Sie sind untereinander verschieden in ihrer Auffassung des Verhältnisses von Kommissions- und Kaufofferte[2]), gehen aber alle davon aus, daß der Kommittent bei der Erteilung der Kommission daran gedacht habe, dem Kommissionär stehe ein Selbsteintrittsrecht zu, und nehmen alle an, daß er ihm deshalb die Kaufofferte gestellt habe. Da die Vertreter dieser Theorie natürlich sehen, daß diese Kenntnis oft in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, wird sie von ihnen fingiert. So zum Beispiel

[1]) Weidmann, „Das Kommissionsgeschäft" 1903, II, S. 51.

[2]) I. Theorie der beiden bedingten Offerten (Dernburg, Lehrb. d. preuß. Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. II, § 187, S. 506); II. Theorie der alternativen Offerte (Anschütz, „Die Rechte des Einkaufskommissionärs als Selbstverkäufer", in ZHR. 17, 1 ff). III. Theorie der eventuellen Offerte, (Lepa: Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs", 1883, Entsch. d. ROHG. 5/279; 12/180 u. oft).

für den Widerruf den Augenblick der Absendung der Anzeige als Ausführungszeitpunkt festiegt. Wäre dem schon gemäß § 400 Abs. 2 S. 2 allgemein so, hätte es der Vorschrift in § 405 Abs. 3 nicht mehr bedurft.

Ebensowenig führt der zweite Weg zu dem von der herrschenden Lehre vertretenen Ergebnis. Von Rechtsanalogie spricht man, wenn aus einer Mehrzahl von einzelnen Rechtsvorschriften durch „Induktionsschluß" ein allgemeines Prinzip entwickelt und dieses auf solche Fälle angewandt wird, die unter keine dieser Gesetzesvorschriften fallen.[1]) Ein allgemeiner Gedanke läßt sich aber aus einer Reihe von Einzelbestimmungen nur dann herleiten, wenn diese auf einem gleichen und allgemeinen Rechtsgrund beruhen. Hier fehlt es sowohl an der Allgemeinheit wie an der Gleichheit des Grundes. Er ist nicht allgemein, denn der allgemeine Rechtsgrundsatz hat im § 130 BGB. seinen Ausdruck gefunden. Regelwidriges Recht ist analoger Anwendung überhaupt nicht fähig.[2]) Er ist nicht gleich, denn Richtigkeitsgrund des § 400 Abs. 2 S. 2 HGB. ist das Bedürfnis des Kommissionärs, die Folgen seines Entschlusses übersehen zu können; § 405 Abs. 3 dagegen beruht auf dem Gedanken, der Kommissionär dürfe nicht mehr auf dem Geschäft infolge eines Widerrufs „sitzen gelassen werden", wenn er alles seinerseits Erforderliche getan hat.[3])

Da keine der in Frage kommenden Begründungen zu dem Ergebnis der herrschenden Lehre führt, ist die Notwendigkeit erwiesen, sich der Ansicht *Schmidt-Rimplers* anzuschließen. Denn: tertium non datur.

---

[1]) Fast wörtliche Wiedergabe der Begriffsbestimmung von Enneccerus a. a. O.

[2]) Enneccerus a. a. O. § 44, III, 2 vor a. S. 101.

[3]) So Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 1014, Breit, „Selbsteintritt" S. 231 Anm. 359.

Die Verpflichtung des Kommittenten zur Uebereignung des Kommissionsgutes auf den selbsteintretenden Kommissionär entsteht also erst mit dem Zugang der Ausführungsanzeige.

Ist *Schmidt-Rimpler* aber auch in seiner weiteren Auffassung beizupflichten, weil zur Zeit der Abgabe der Anzeige eine Verbindlichkeit noch nicht bestand, sei der Kommissionär nicht bevollmächtigt, in diesem Zeitpunkt schon die zur Erfüllung jener Verpflichtung bestimmte Einigungserklärung abzugeben? Daß er nicht als bevollmächtigt angesehen werden kann, immer und ohne Einschränkung die Einigungsofferte abzugeben, ergibt sich aus dem Grundsatz, daß seine Ermächtigung nur dahin geht, zum Zweck der Erfüllung der Verbindlichkeit des Kommittenten Eigentum zu übertragen. Im Widerspruch zu *Schmidt-Rimpler* muß aber angenommen werden, daß dieser Einschränkung nicht nur dann genügt ist, wenn man ihn für bevollmächtigt hält, die Erklärung erst nach Entstehung der Verbindlichkeit abzugeben. Er darf vielmehr die Einigungsofferte auch für den Fall ihrer Entstehung erklären. Es ergibt sich also: falls der Kommittent das Selbsteintrittsrecht kannte und seine Ausübung wollte, hat er mit der Kommissionserteilung den Kommissionär ermächtigt, das Eigentum am Kommissionsgut an sich selbst entweder nach Entstehung der Verpflichtung unbedingt oder vorher unter der Bedingung zu übertragen, daß die Verbindlichkeit des Kommittenten entstehe. Das Gleiche muß auch für den Fall gelten, daß der Kommittent den Selbsteintritt zwar nicht gewünscht, ihn aber auch trotz Kenntnis seiner Möglichkeit nicht abgelehnt hat.

Im Folgenden muß nun festgestellt werden, ob man eine Bevollmächtigung — die natürlich unter der gleichen Einschränkung stehen würde — auch in den Fällen annehmen darf, in denen der Kommittent

nicht den Willen gehabt hat, der Kommissionär könne oder solle eintreten, sei es, weil er diese Möglichkeit gar nicht kannte, sei es, weil er trotz Kenntnis mit ihr nicht rechnete. Es kann nicht angenommen werden, daß der Kommittent unter diesen Umständen dem Kommissionär Vollmacht geben wollte, das Eigentum an sich selbst zu übertragen. Denn wer nicht will, daß jemand ein Recht auf Eigentumsverschaffung erhalte, wird ebensowenig einem anderen die Macht geben wollen, das Eigentum auf gerade diese Person selbst zu übertragen. Für die Annahme einer Vollmacht des Kommissionärs bleiben hier noch zwei Möglichkeiten:

Da die Erklärung des Kommittenten, wie sie nach außen in Erscheinung tritt, mancher Auslegung Raum läßt, liegt der Gedanke nahe, den Willen des Kommittenten, der Kommissionär solle im eigenen Namen über das Gut verfügen, dahin „umzudeuten", er könne es aber auch als Vertreter des Kommittenten auf sich selbst übertragen. Ob das im Einzelfall zulässig ist, bleibt Tatfrage: in der hier vorgebrachten Allgemeinheit kann es nicht angenommen werden. Denn Umdeutung in dem hier gemeinten Sinne ist letzten Endes Auslegung; es gilt, durch sie den Willen des Erklärenden fortzuentwickeln. Wenn man also auch davon ausgeht, ein auf das (vom Umdeutenden) gewünschte Ergebnis gerichteter Wille sei nicht vorhanden, so setzt man doch voraus, daß der Erklärende diesen bei vernünftiger Würdigung der Sachlage gehabt hätte. Die hier behandelte Gruppe von Fällen umfaßt aber auch solche, in denen der Kommittent den Selbsteintritt trotz Kenntnis der Sachlage nicht gewollt hat, sowie diejenigen, in denen er ihn auch nicht gewollt hätte, wenn er die Sachlage gekannt haben würde. Es ist daher notwendig nochmals zu unterscheiden: hat der Kommittent die Möglichkeit

des Selbsteintritts nicht in sein Bewußtsein aufgenommen und ihn nur deshalb nicht gewollt, so darf man seinen für den Fall der gewöhnlichen Ausführung gedachten Willen in einen auf Vollmachtserteilung gerichteten umdeuten. Hat er dagegen das Selbsteintrittsrecht gekannt, seine Ausübung aber nicht gewollt, oder hat er es nicht gekannt und weist nach, daß er die Ausübung nicht gewollt hätte, so bleibt nur die zweite Möglichkeit zu untersuchen

Der Kommittent hat in diesen Fällen eine Bevollmächtigung nicht gewollt und, da der objektive Erklärungsinhalt seines Verhaltens einen gegenteiligen Schluß nicht verlangt, auch nicht erklärt. Kann man aber vielleicht eine Vollmachtserteilung und die Gestattung des Selbstkontrahierens deshalb annehmen, weil es wider Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Kommittent sie verweigerte, und weil er sich deshalb auf die Nichterteilung nicht berufen darf? Es würde dann zwar die Bemerkung *Schmidt-Rimpler*'s, daß man eine Vollmacht fingiere, zutreffen, diese Fiktion wäre aber gerechtfertigt.

Ein Satz des soeben dargelegten Inhalts wird im Kommentar der Reichsgerichtsräte [1]) unter Berufung auf RG. 64/373 aufgestellt: „Es kann für die Annahme einer Gestattung schon genügen, wenn die Zustimmung ohne Arglist nicht verweigert werden dürfte." Die angeführte Entscheidung betraf den Fall, daß der Kläger für Rechnung des Beklagten Geld eingenommen und es ohne Erlaubnis dazu verwandt hatte, eine Schuld des Beklagten an sich selbst zu tilgen. Ohne zu prüfen, ob eine wirksame Aufrechnung vorliege, hat das Reichsgericht erklärt, daß der Beklagte sich nach Treu und Glauben nicht auf den Mangel einer Gestattung berufen dürfe, weil er zur Zahlung des Geldes ohnehin verpflichtet war und sich

[1]) RGR. Kommentar, 7. Aufl. 1929, Bem. 2 zu § 181.

bereits im Leistungsverzuge befand. Es bedarf für den vorliegenden Sachverhalt keiner Untersuchung der Richtigkeit des Obersatzes: „Wer ohne Arglist die Vollmacht nicht verweigern dürfte, kann sich nicht darauf berufen, daß er sie nicht erteilt habe". Denn es darf nicht angenommen werden, daß immer, wenn jemand zu einer Leistung verpflichtet sei, die Verweigerung der Vollmacht des Gläubigers, die Leistung im Wege des Selbstkontrahierens zu vollziehen, gegen Treu und Glauben verstoße. Es müßten dann noch erschwerende Gesichtspunkte, wie in dem vom Reichsgericht entschiedenen Falle der Verzug des Schuldners, hinzukommen. Davon ist aber bei unserem Sachverhalt keine Rede. Man darf deshalb den Kommittenten nicht so behandeln, als hätte er den Kommissionär ermächtigt, das Kommissionsgut als unmittelbarer Vertreter gemäß § 181 BGB. auf sich selbst zu übertragen.

Als Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen ist somit Folgendes festzuhalten: Eine Bevollmächtigung ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Kommittent gegen den Selbsteintritt nichts einwenden wollte, sondern auch dann, wenn Gegenvorstellungen in seinem Bewußtsein nicht entstehen konnten, weil er die Möglichkeit des Selbsteintritts nicht kannte, er aber auch bei Kenntnis nichts einzuwenden gehabt hätte. Für letzteres spricht eine tatsächliche Vermutung, sodaß das Gegenteil zu beweisen wäre. Denn in aller Regel hat der Kommittent kein Interesse daran, den Eigentumserwerb gerade des Kommissionärs auszuschließen. Fälle, in denen der Kommittent gewollt hat, der Kommissionär soll nicht eintreten, sind allerdings durchaus denkbar, etwa dann wenn er wußte, daß der Bankier gewöhnlich nicht eintritt, und wenn er gerade deshalb ihm den Auftrag erteilt hatte. Hier ist eine Umdeutung des Willens nicht

möglich. Für den Fortgang der Betrachtung ist also zu unterscheiden:

α) Das Vorliegen einer Vollmacht kann aus einem der oben dargelegten Gesichtspunkte bejaht werden. Dann sind alle Voraussetzungen des § 181 BGB. erfüllt. Der Kommissionär ist Vertreter, seine Ermächtigung ist auf des Selbstkontrahieren gerichtet, eine Gestattung im Sinne von § 181 ist also gegeben. Uebrigens besteht auch das vorzunehmende Rechtsgeschäft in der Erfüllung einer (allerdings vielleicht erst später entstehenden) Verbindlichkeit. Da der Kommissionär, wie oben festgestellt wurde, durch die Selbsteintrittsanzeige alles sagen will, was Gesetz oder Vertrag ihm zu sagen gestatten, erklärt er, im Namen des Kommittenten Eigentum auf sich übertragen zu wollen, und zwar unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Verbindlichkeit des Kommittenten durch Zugang der Selbsteintrittsanzeige entstehe. Diese Erklärung wird nicht erst — wie die Selbsteintrittsanzeige — mit dem Zugang bei dem Kommissionär wirksam, da sie mit dieser Anzeige nur zufällig zusammentrifft. Sie richtet sich vielmehr gegen den Kommissionär selbst und ist deshalb vollendet, sobald sie nach außen wirksam in Erscheinung tritt. Das geschieht mit der Absendung. Der Kommissionär ist, wie vorausgesetzt werden kann, in diesem Zeitpunkt bereits im Besitz der Ware. Zur Uebertragung genügt daher gemäß § 929 Abs. 2 die bloße Einigung, sodaß mit dem Eintritt der Bedingung, d. h. mit dem Zugang der Anzeige, der Kommissionär Eigentümer des Kommissionsgutes wird.

β) Das Vorliegen einer Vollmacht muß aus einem der dargelegten Gesichtspunkte verneint werden. Dann liegt in der Ausführungsanzeige auch keine vertretungsweise abgegebene Einigungserklärung, denn der Kommissionär will ja nur sagen, was Gesetz

oder Vertrag zulassen. Damit entfällt für diese Gruppe die letzte Möglichkeit, zur Bejahung des Vorliegens einer wirksam erklärten Einigungsofferte auf Seiten des Veräußerers zu gelangen.

III. Will man dennoch auch in diesen Fällen das Zustandekommen einer dinglichen Einigung annehmen, so bleibt nur das als Ausweg, was *Schmidt-Rimpler*[1]) für alle Tatbestände beim Selbsteintritt als Lösung der Eigentumsfrage empfiehlt, nämlich: in der Selbsteintrittsanzeige ein Einigungsangebot des Kommissionärs als Erwerber zu erblicken und anzunehmen, daß dieses gemäß § 151 BGB. durch den Kommittenten ohne Zugang einer darauf gerichteten Willenserklärung angenommen werde, weil eine besondere Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Gegen diesen Vorschlag *Schmidt-Rimpler*'s bestehen keine grundsätzlichen Bedenken; wenn er nicht allgemein von uns verwertet wird, so nur deshalb, weil er gewissermaßen nur einen Notweg zeigt, der erst beschritten werden soll, falls alle anderen Wege nicht zum Ziele führen. Das *Schmidt-Rimpler* immer beim Selbsteintritt § 151 BGB. anwendet, ist von seinem Standpunkt aus folgerichtig, da er das Vorliegen einer Bevollmächtigung in jedem Fall ablehnt.

Die Annahme, daß das Angebot zur dinglichen Einigung auch von dem ausgehen kann, der erwerben will, ist bedenkenfrei.

Ebensowenig kann man bestreiten, daß nach der Verkehrssitte eine Antwort des Kommittenten auf dieses Angebot nicht erwartet werden kann.

Wenn dem Kommissionär sonach eine Annahmeerklärung nicht zuzugehen braucht, so muß diese doch erkenntlich sein, denn der Wortlaut des § 151

[1]) Schmidt-Rimpler a. a. O. S. 1025, ebenso Dür.-Hach.-Lehmann a. a. O. Anm. 61 zu § 400.

BGB. zeigt, daß diese Vorschrift nicht von dem Erfordernis der Annahme, sondern nur von deren Zugangsbedürftigkeit befreit.[1]) Diese Annahmeerklärung kann auch im Schweigen des (künftigen) Vertragsgegners gefunden werden. Denn auch ein Unterlassen kann Handlung sein. Ob allerdings im Einzelfall aus dem Schweigen ein Schluß auf den Annahmewillen gezogen werden kann, ist Tatfrage.[2]) Man wird es im vorliegenden Fall annehmen dürfen, denn durch den Zugang der Selbsteintrittsanzeige hat der Kommittent vom Selbsteintritt erfahren, es muß ihm bekannt sein, daß sich für ihn daraus als Mindestes die Verpflichtung zur Uebereignung der Ware an den Kommissionär ergibt. Das Schweigen kann daher nur bedeuten, er sei mit dem Erwerb einverstanden. Sollte es ausnahmsweise anders gemeint sein, so darf er dies dem Kommissionär nicht entgegenhalten.

In den hier behandelten Fällen wird der Kommissionär also ebenfalls Eigentümer des Kommissionsgutes, zwar nicht schon im Augenblick des Zugangs der Anzeige, wie in den übrigen, sondern erst dann, wenn der Kommittent in üblicher Weise dem Selbsteintritt widersprochen haben müßte.

Damit ist das Ziel der vorstehenden Ausführungen, die Klarstellung der sachenrechtlichen Verhältnisse beim Selbsteintritt des Verkaufskommissionärs, erreicht, und es bleibt nur noch hinzuzufügen, daß alle hier aufgezeigten Schwierigkeiten dann entfallen, wenn die Ware sich zur Zeit des Zugangs der Selbsteintrittsanzeige beim Kommittenten noch bei diesem befand. Denn dann kann unbedenklich angenommen

---

[1]) So unbestritten Oertmann „Das BGB." Allg. T. 1927, IIIa zu § 151, Staudinger I, 1925. Bem. III zu § 151.

[2]) Oertmann a. a. O. Bem III a.

werden, daß der Eigentumserwerb des Kommissionärs sich nach § 929 I BGB. vollzieht.

§ 3.

Das Depotgesetz.

Das Gesetz betreffend die Aufbewahrung fremder Wertpapiere enthält in § 7 besondere Bestimmungen über den Termin, in dem bei der Ausführung einer Einkaufskommission der Kommittent spätestens das Eigentum am Gut erwirbt. Entsprechende Vorschriften für den Eigentumserwerb des Verkaufskommissionärs hat das Depotgesetz jedoch nicht gegeben.

3. Kapitel.

Der fehlerhafte Erwerb.

§ 1.

Die Rechtslage bei mangelndem Eigentum des Kommittenten.

I. Wenn bei der gewöhnlichen Ausführung einer Verkaufskommission der Kommittent nicht Eigentümer der vom Kommissionär veräußerten Ware ist, so liegt unbedenklich ein Fall des Erwerbs vom Nichtberechtigten vor. Denn dann war die Ermächtigung des Kommissionärs, die nach heute allgemein herrschender Auffassung jeder solchen Veräußerung zugrunde liegt, in Wahrheit nicht vorhanden. Der Eigentumserwerb hängt in diesem Falle davon ab, inwieweit die Voraussetzungen der §§ 932 ff BGB. erfüllt sind.

II. Etwas anders liegen die Dinge, wenn bei sonst gleicher Rechtslage der Kommissionär den Selbsteintritt erklärt. Während im ersteren Falle der Dritte auf das Veräußerungsrecht des Kommissionärs vertrauen mußte, um erwerben zu können, ist es hier erforderlich, daß der Kommissionär an das Eigentum des Kommittenten glaubt. Denn dieser erscheint ja nunmehr als Veräußerer. Hierbei wird es wichtig, wie man den Eigentumserwerb des selbsteintretenden Kommissionärs rechtlich erklärt. Zwar ist es nicht so, daß die Anhänger der „Ver-

tretungstheorie“ den Erwerb immer schon deshalb ablehnen müssen, weil es an einer gültigen Vollmacht fehle und der gute Glaube an die eigene Vertretungsbefugnis nicht schützenswert erscheine. Vielmehr ergibt sich in den Fällen, in denen wir aus dem Verhalten des Kommittenten eine Bevollmächtigung herausgelesen haben, folgende Rechtsgestaltung — welche stets für diejenigen gilt, die den Eigentumserwerb des Kommissionär ausnahmslos aus § 181 BGB., d. h. aus seiner Vertreterstellung, herleiten: die Erklärung des Kommissionärs geht dahin, er übertrage im Namen des Kommittenten an sich das Eigentum. Eine solche Erklärung abzugeben, war er ermächtigt, auch wenn die Vollmacht vom Nichteigentümer ausging. Ein Mangel an Vollmacht läge nur dann vor, wenn der Kommissionär namens des wahren Eigentümers veräußert hätte. Es muß deshalb davon ausgegangen werden, der Kommittent selbst habe eine Einigungsofferte gemacht. Diese geht bei unserer Sachlage von einem Nichtberechtigten aus und führt deshalb zum Erwerb ebenfalls nur unter den Voraussetzungen der §§ 932 ff., wobei der gute Glaube im Augenblick des offensichtlich gewordenen Selbstkontrahierens oder einer späteren Besitzerlangung vorhanden sein muß. Das Eigentum geht überhaupt nicht über, wenn der Besitz von einem anderen als dem Kommittenten auf den Kommissionär gelangt oder schon früher gelangt ist. Hier greifen möglicherweise die Vermengungsvorschriften ein, von denen an anderer Stelle ausführlich die Rede sein soll. In dem gleichen Zeitpunkt muß Gutgläubigkeit vorliegen, wenn man sich auf den Standpunkt des bedingt abgegebenen Einigungsangebots stellt.

Eine abweichende Entscheidung in diesem Punkte ergibt sich aber in den Fällen, für die wir die Anwendung des § 151 BGB. bejahten. Hier genügt

nicht, daß der Kommissionär in dem Augenblick der Selbsteintrittsanzeige (als der Vollendung des Selbstkontrahierens) auf das Recht des Kommittenten vertraut, er muß es vielmehr auch dann noch tun, wenn dieser später auf irgendwelche Weise die Annahme des Angebots erklärt. An einem Einzelfall zeigt sich hier mit aller Deutlichkeit die praktische Bedeutung der im I. Teil dieser Arbeit zur Erörterung stehenden Fragen; sie wurde im Eingangskapitel bereits dadurch angedeutet, daß allgemein gesagt wurde, bei „fehlerhaften" Tatbeständen sei es wichtig, sich über die rechtliche Konstruktion des Eigentumserwerbs im klaren zu sein.

§ 2.

Die Rechtslage bei erfolgtem Widerruf der Kommission.

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich in dem ebenfalls eingangs erwähnten Falle, daß die Kommissionserteilung vor der Erklärung des Selbsteintritts wirksam widerrufen wird. Weil wir hier wiederum einen Fall vor uns haben, der gewissermaßen zur Nutzanwendung der im vorhergehenden Kapitel gewonnenen Erkenntnisse dienen kann, soll auch auf ihn kurz eingegangen werden. Auch hier sind die beiden von uns als möglich erkannten Auffassungen: Anwendung von § 181 und von § 151 BGB. nacheinander zu betrachten.

I. Wenn in der Kommissionserteilung eine Bevollmächtigung des Kommissionärs gefunden werden kann, unter der Bedingung das Eigentum an sich zu übertragen, daß die Verpflichtung des Komittenten durch Wirksamkeit des Selbsteintritts entsteht, so macht aus zwei Gründen der Widerruf die Uebereignungserklärung des Kommissionärs wirkungslos.

a) Er entzieht dem Kommissionär die Vollmacht, die ja in der Kommissionserteilung lag, und

b) er macht den Eintritt der Bedingung, deren Inhalt ja das Wirksamwerden des Selbsteintritts war, unmöglich. Denn es kann nicht angenommen werden, daß die Vereitelung der Bedingung durch den Widerruf des Kommittenten wider Treu und Glauben verstößt, und daß deshalb die Bedingung als eingetreten gelten muß. (§ 162 BGB.)

Von unserem Standpunkt aus, daß der Kommissionär nur ein bedingtes Einigungsangebot abgebe,[1]) bedarf es keiner Erörterung der Frage, ob der gute Glaube des Kommissionärs an seine eigene Vertretungsmacht etwa gemäß § 366 HGB. den Mangel heile. Denn selbst wenn man das annehmen wollte, könnte dadurch nur die bedingte Erklärung wirksam werden, ohne daß die Bedingung jemals eintreten würde. Stellt man sich dagegen auf den Standpunkt, daß der Selbsteintritt nicht erst mit dem Zugang, sondern schon mit der Absendung der Anzeige vollendet sei, so brauchte das Einigungsangebot nicht bedingt erklärt zu werden, weil die Verbindlichkeit, deren Entstehung bei anderem Ausgangspunkt Bedingung sein muß, bereits vorhanden ist. Hiernach würde der Widerruf nur die Vollmacht und die Gestattung der Selbstkontrahierung zunichte machen. Die Wirksamkeit der Uebereigungserklärung könnte dann von der oben gestellten Frage nach der Tragweite des § 366 HGB. abhängen. Weil die Auffassung, die zu dieser Frage führt, von uns zwar im Anschluß an *Schmidt-Rimpler* abgelehnt worden ist, aber doch der unbedingt herrschenden Lehre entspricht,[2]) ist es angebracht, kurz darzutun, ob ihre Anerkennung ein von dem unseren abweichendes Ergebnis herbeiführen würde. Die „Subsidiarität" dieses Hinweises zwingt aber dazu, nur Andeutungen zu geben.

---

[1]) Siehe darüber oben S. 34.

[2]) Siehe oben S. 31.

Die Anwendbarkeit des § 366 HGB. auf den vorliegenden Fall muß aus grundsätzlichen Erwägungen heraus verneint werden, ohne daß die Frage nach der Gutgläubigkeit des Kommissionärs überhaupt gestellt werden müßte. Dieser glaubte günstigsten Falls an das Bestehen der Kommission mit ihrem gesetzlichen Inhalt, also auch an seine Vollmacht. Es darf angenommen werden, daß auch der Glaube an die Vertretungsbefugnis und nicht nur der an das Verfügungsrecht des Veräußerers durch § 366 geschützt wird, wie man vielfach im Schriftum behauptet.[1]) Der Wortlaut des Gesetzes läßt diese Auslegung zu, denn auch dem Vertreter ohne Vertretungsmacht fehlt die Befugnis, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen.[2]) Sie entspricht zudem auch der Auffassung des Gesetzgebers, die in der Denkschrift ihren Ausdruck gefunden hat.[3]) Dem Einwand *Gierke*'s, daß der Vertrauensschutz im Falle einer Vertretung ohne Vertretungsmacht durch die §§ 179 ff. BGB. abschließend geregelt sei, kann mit einem Hinweis darauf begegnet werden, daß es gerade die Aufgabe des Handelsgesetzbuches sei, die Regeln des bürgerlichen Rechts in einer für den Handelsverkehr passenden Weise abzuändern.

Nicht zulässig ist es dagegen, § 366 auch dann anzuwenden, wenn der vollmachtlose Vertreter an sich selbst im Wege der Selbstkontrahierung veräußert und dabei an seine eigene Vertretungsmacht glaubt. Denn alle Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb finden ihren Richtigkeitsgrund in dem Gedanken des Verkehrsschutzes. Deshalb ist

---

[1]) So Cosack, „Lehrb. d. Handelsrechts", 1913, S. 117; M. Wolff, „Die Ware", in Ehrenbergs Handb. IV, 1, § 9, S. 42 (1917); J. v. Gierke, Handelsrecht, 4. Aufl. 1929, S. 589.

[2]) Staub-Koenige a. a. O. Anm. 18 zu § 366.

[3]) Denkschrift S. 207 ff.

es angebracht, sie eng auszulegen und ihren Anwendungsbereich auf solche Fälle zu beschränken, in denen der Nichteigentümer an einen Dritten veräußert.[1])

Selbst wenn man die herrschende Lehre der Entscheidung zugrundelegt, bleibt es also dabei, daß der Widerruf dem Kommissionär die Vollmacht entzieht, und daß dieser deshalb nicht im Namen seines Kommittenten das Eigentum am Kommissionsgut auf sich übertragen kann.

II. Lag dagegen von Anfang an eine Vollmacht nicht vor, oder leugnet man für alle Fälle deren Erteilung, so fragt es sich, ob in dem Stillschweigen des Kommittenten auch jetzt noch eine Annahme der vom Kommissionär ausgehenden Einigungsofferte erblickt werden kann, die gemäß § 151 BGB. ohne Zugang den Vertrag zustandekommen ließe. Das muß verneint werden. Es wurde oben als Tatfrage bezeichnet, ob das Stillschweigen ausreichende Erklärung im Sinne von § 151 BGB. sei; es wurde für den Fall bejaht, daß der Kommittent es unterläßt, auf das in der Selbsteintrittsanzeige liegende dingliche Angebot zu antworten. Dies kann jedoch nicht gelten, wenn der Kommittent bereits vorher durch unzweideutiges Verhalten zu verstehen gegeben hat, daß er den Eigentumsübergang nicht wolle. Deshalb hat der Widerruf unbedenklich das Zustandekommen der Einigung verhindert, sodaß auch in diesem Falle das Eigentum nicht auf den Kommissionär übergehen kann. In keinem der beiden Fälle — Anwendung von § 181 und Anwendung von § 151 BGB. — ist also durch die Selbsteintrittsanzeige bewirkt worden, daß ein Eigentumswechsel eintritt, wenn vorher dem Kommissionär ein Widerruf der Kommissionserteilung zugeht.

---

[1]) So für die Frage der Anwendbarkeit des § 892 BGB RG. 117, 266.

4. Kapitel.

Eigentumsübergang kraft Vermengung.

§ 1.

Umgrenzung des Problems.

I. Im Zusammenhang mit den vorstehenden Betrachtungen über die Eigentumsfrage bei Fehlerhaftigkeit des eigentumsändernden Tatbestandes ist es notwendig, genauer der Fälle zu gedenken, in denen der fragliche Mangel das Zustandekommen eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs — trotz der Vorschriften über den guten Glauben — vereitelt hat. Das ist neben dem eben besprochenen Beispiel, wie wir sahen, auch dann der Fall, wenn der Kommittent nicht Eigentümer war, und der selbsteintretende Kommissionär den Besitz nicht von ihm erhalten hatte. Hier kann ein Eigentumserwerb sich nur auf die Vorschriften über die V e r m e n g u n g gründen. Die dabei entstehenden Fragen sollen Gegenstand dieses Kapitels sein. Sie tauchen des weiteren dann auf, wenn vor Ausführung der Kommission durch Veräußerung an einen Dritten der Kommissionär das Gut untrennbar mit ihm gehörenden Gegenständen vermengt hat.

II. Auszuscheiden hat hierbei der Fall, daß das Kommissionsgut — es wird sich ja in aller Regel um Effekten oder Wertpapiere handeln — in ein beim

Kommissionär — Bankier eingerichtetes Sammeldepot gebracht worden ist. Denn dann ergibt sich ein Eigentumswechsel gewöhnlich bereits aus vertraglichen Abmachungen zwischen Kommittent und Kommissionär.[1]) Hier soll aber gerade von Tatbeständen die Rede sein, in denen eine rechtsgeschäftliche Uebereignung aus irgendwelchen Gründen gescheitert ist. Zwar ist auch diese Auffassung von der vertraglichen Grundlage des Sammeldepots keineswegs unbestritten oder gar mühelos zu begründen. Vielmehr wird vielfach die Ansicht vertreten, daß der Eigentumswechsel beim Sammeldepot sich ebenfalls nach Vermengungsgrundsätzen richte,[2]) und auf der anderen Seite werden die verschiedenartigsten Versuche gemacht, den rechtsgeschäftlichen Erwerb dogmatisch zu erklären, wobei sich ganz ähnliche Schwierigkeiten ergeben wie beim Selbsteintritt des Verkaufskommissionärs. Denn auch hier handelt es sich im wesentlichen um Auslegung eines Vertragstyps. Eine gute Darstellung der Frage findet sich bei *Hans Schumann* „Zur Frage vom Miteigentum beim Sammeldepot".[3]) Näher auf diese Dinge einzugehen, ist hier nicht erforderlich: ergibt sich, daß die Anhänger einer der Vertragstheorien Recht haben, so scheidet die Frage des Sammeldepots aus unserer augenblicklichen — gesetzlichem Erwerb gewidmeten

[1]) So Metze, „Das Giroeffektendepot des Berliner Kassenvereins" in ZHR. 90/383. Ruth: „Das Depotgesetz und seine Reform" (Nr. 55 der v. E. Heymann herausgegebenen Arbeiten z. Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht), Marburg 1930, Ascher, „Rechtsgrundlage des stückelosen Effektenverkehrs", 1907. Martin Wolff, „Sachenrecht", 1933, S. 234.

[2]) Vgl. zu dieser „Vermengungstheorie" im Gegensatz zur oben angeführten „Vertragstheorie" RGR. Komm. zum BGB. § 700 Anm. 6.

[3]) In Heymanns „Beiträge zum Wirtschaftsrecht", II. S. 1174 ff.

– Betrachtung von vornherein aus, glaubt man andererseits, der Vermengungstheorie beipflichten zu müssen, so würde das nur die gleichen Probleme auslösen, wie sie Gegenstand der folgenden Erörterung sein sollen.

III. Ebensowenig ist des näheren von den Voraussetzungen zu sprechen, die erfüllt sein müssen, wenn die Vermengungsvorschriften Anwendung finden sollen. Es genügt, auf die knappe Umschreibung hinzuweisen, die *Hedemann* [1]) dem Begriff gegeben hat, „Es müssen bei der Vermischung unfeste, bei der Vermengung feste Körper so untereinander gebracht werden, daß sie nicht mehr als Einzelstücke, sondern nur noch als Masse gewertet werden". Ob das in concreto der Fall ist, und ob eine so eingetretene Vermengung eine untrennbare ist, alles das ist Tatfrage. Juristische Zweifel ergeben sich allein in Bezug auf die Wirkungen einer — zweifelsfrei vorliegenden — Vermengung.

IV. Wenn in den hier zu behandelnden Fällen von einer Sachvermengung die Rede ist, so wird es sich fast ausnahmslos um gleichartige Gegenstände handeln. Denn was anderes kann der Kommissionär untrennbar miteinander vermengen als Effekten, Wertpapiere oder ähnliches? Als Masse und nicht als Einzelstücke werden derartige Dinge aber nur dann gewertet werden, wenn sie gleichartig sind. Falls der Kommissionär nun solch gleichartige Sachen so miteinander vermengt hat, daß nicht mehr festgestellt werden kann, welche ihm und welche davon dem Kommittenten gehörten, erhebt sich die Frage, ob dadurch auf Grund der Vermengungsvorschriften Miteigentum der beiden früheren Eigentümer oder Alleineigentum des Kommissionärs entstanden ist.

---

[1]) W. J. Hedemann: „Das Sachenrecht des BGB.", 1924, S. 168.

Neuerlich wird allerdings von *Heck*[1]) ein Standpunkt vertreten, von dem aus es als unzulässig erscheinen muß, die Frage so zu stellen. *Heck* bestreitet für die Vermengung gleichartiger und (wie er hinzufügt) vertretbarer Sachen den §§ 947, 948 BGB. jede Anwendungsmöglichkeit. Wir aber wollen gerade nach der richtigen Auslegung dieser Bestimmungen fragen. Welches sind die Argumente, die *Heck* für seine Ablehnung der Vermengungsvorschriften anzuführen hat? Ausgehend von dem Gedanken der Interessenjurisprudenz, deren Hauptvorkämpfer er ist, glaubt *Heck*, eine Vorschrift nur dann anwenden zu müssen, wenn sie „interessegemäß" ist. Die Auffassung nun, von der wir bei Beurteilung des Problems ausgehen, leidet seiner Ansicht nach an einer „ungenügenden Würdigung der Interessenlage". § 948 BGB. beruhe, wie § 93, auf dem Ideale der Werterhaltung und des Wertvorzugs. „Das Alleinrecht des Eigentümers", so führt er aus, „wird aufgehoben, weil die selbständige Wahrung seiner Interessen wirtschaftliche Opfer kosten würde". Da aber bei gleichartigen Sachen die Interessenwahrung unabhängig sei von der Identität der Einzelstücke, so müsse man hier die Rechtsfigur des von ihm so genannten „labilen Miteigentums" anerkennen, dessen Zulässigkeit zudem bei der Regelung des Sammeldepots in § 419 HGB. ausdrücklich erwähnt sei. Von dieser Lösung meint *Heck*, sie decke sich mit dem Laienausweg, der nach seinen Angaben darin besteht, daß jeder der früheren Eigentümer aus der Gesamtmenge sich soviel nimmt, wie er vorher hatte, und daß er diesen Teil als sein Eigentum behandelt. Das bedeutet in Wahrheit nichts anderes als die Anerkennung eines Sachenrechts an einer „res incerta".

---

[1]) Heck, „Sachenrecht", 1930, S. 260 ff.

Gegen diese *Heck*'schen Gedankengänge muß folgendes eingewandt werden: Zwar ist zuzugeben, daß man bei Auslegung einer Gesetzesvorschrift sich von dem Gedanken an die Wahrung des Interesses der durch das Gesetz Betroffenen leiten lassen muß, und es ist richtig, daß damit häufig restriktive Auslegung geboten sein wird. Das kann aber nur unter einer doppelten Voraussetzung gelten.

1. Das Gesetz muß nachweislich im Interesse der Parteien ergangen sein und

2. nach Ablehnung der einen Gesetzesvorschrift wegen ihrer Interessewidrigkeit muß sich eine andere Bestimmung finden lassen, deren Anwendung diesem Interesse besser als die abgelehnte gerecht werden kann, oder es muß wenigstens der Nachweis erbracht werden, daß man mit den vorhandenen Rechtsinstituten und Rechtsbegriffen den Lebenstatbestand erfassen kann.

Wie steht es damit im vorliegenden Falle? *Heck* geht anscheinend von der Annahme aus, daß Interessenjurisprudenz immer heißt Einzelinteressen berücksichtigen. Er übersieht dabei, daß auch ein höheres Interesse, etwa das der Allgemeinheit an Verkehrssicherheit, Anlaß eines Gesetzes sein kann. So aber scheint es mir gerade hier zu sein. Der Richtigkeitsgrund des § 948 BGB. liegt schwerlich in dem Bestreben, jedermanns Wert zu erhalten, sondern vielmehr in der Notwendigkeit, der Macht vollzogener Tatsachen, wie sie sich in der Vermengung zeigen, sachenrechtliche Anerkennung zu verleihen. Wenn das Gesetz sich somit bewußt über Parteiinteressen hinwegsetzt, geht es nicht an, eines solchen Interesses wegen die Anwendbarkeit gerade dieses Gesetzes zu leugnen. Selbst wenn man hierin aber anderer Ansicht sein und der *Heck*'schen Auffassung vom Sinn des § 948 den Vorzug geben sollte, so bleibt ein zweites Bedenken bestehen: wo ist die

andere Bestimmung, die zur Subsumtion geeignet wäre, oder wo sind die Rechtsinstitute, Rechtsbegriffe, mit Hilfe deren man den Tatbestand erfassen kann? *Heck* hat gar nicht versucht, eine andere Vorschrift aufzuzeigen, da er ja infolge seiner Lösung kein Bedürfnis dafür anerkennt. Diese Lösung aber scheitert an der Unmöglichkeit, ein dingliches Recht an unbestimmter Sache anzuerkennen. Sachenrecht heißt: in bestimmtem Umfange unmittelbare Herrschaft üben dürfen unter Ausschluß aller übrigen Rechtssubjekte. Wie aber soll man Herrschaft üben, wenn man deren Objekt nicht umgrenzen kann, und nach welchen Gesichtspunkten ist zu entscheiden, wenn Mehrere der am „labilen Miteigentum" Beteiligten das gleiche Objekt für sich in Anspruch nehmen? Die Schwierigkeiten, die sich hier erheben, können im Zusammenhang dieser Betrachtung nur angedeutet werden; hier sei nur noch darauf hingewiesen, daß weder der Wortlaut noch der Sinn des von *Heck* angeführten § 419 Abs. 2 HGB. dazu Veranlassung geben, in dieser Bestimmung irgendein Element der Dinglichkeit zu erblicken. Es ist auch nicht ersichtlich, wo im Schrifttum Derartiges bisher behauptet worden ist.[1]) Im übrigen haben die Darlegungen *Heck*'s im Schrifttum bisher keinen nennenswerten Widerhall gefunden; selbst die neueste Auflage des *Wolff*'schen Lehrbuchs[2]) übergeht sie ohne ein Wort der Entgegung.

Aus alledem erweist sich jedenfalls, daß der von *Heck* vertretenen Ansicht nicht beigestimmt werden kann, daß es vielmehr notwendig ist, der an den Anfang gesetzten Fragestellung nachzugehen.

---

[1]) Vgl. Dür.-Hach.-Lehmann: 3. Aufl. 1932, Anm. 3 ff. zu § 419 HGB., wo ausdrücklich davon gesprochen wird, daß die fragliche Stelle die „Auseinandersetzung", d. h. einen schuldrechtlichen Vorgang" regele.

[2]) M. Wolff, „Sachenrecht", 1932.

§ 2.

Die dingliche Wirkung der Vermengung gleichartiger Sachen.

Wie ist diese Fragestellung zu verstehen? Grundsätzlich entsteht bei der Vermengung beweglicher Sachen Miteigentum, Alleineigentum nur dann, wenn eine der Sachen den anderen gegenüber als Hauptsache erscheint. In einem solchen Falle wird der Eigentümer dieser Sache auch Eigentümer der übrigen. Kann man aber, wenn alle Sachen einander gleich sind, überhaupt von einer Hauptsache sprechen? Daß keine der Sachen, für sich allein gesehen, Hauptsache sein kann, ist eine notwendige Folge der Voraussetzung, sie seien einander gleich. Sodann weist *Friedländer*[1]) mit Recht darauf hin, daß man nicht von einer ununterscheidbaren Vermengung sprechen könnte, wenn es möglich wäre, eine der Sachen als Hauptsache von den übrigen abzuheben. Denn dann müßten die Einzelsachen eben nicht gleich sein.

I. Im Schrifttum herrscht Streit. Von der einen Seite wird der Standpunkt vertreten, man müsse bei dieser Feststellung stehen bleiben und für den Begriff „Hauptsache" bei der Vermengung vieler gleichartiger Sachen jede Anwendungsmöglichkeit bestreiten. Dem stehen Versuche gegenüber, den Begriff „Sache" für § 947 BGB untechnisch zu fassen, darunter nicht nur, wie § 90 BGB. es verlangt, einen körperlichen Gegenstand, sondern auch eine Summe von Einzelgegenständen, einen Sachenvorrat[2]) zu verstehen. Von der letzten Auffassung aus kann die Frage gestellt werden, ob einer der miteinander vermengten

---

[1]) Friedländer, „Erwerb des Eigentums an Geld, Vermengung nach BGB." in Seuff. Bl. Erg. Bd. 15, 388.

[2]) Goldberger, „Zur Lehre von der Vermengung des Geldes nach BGB." in Seuff. Bl. 72, 633 ff.

Sachvorräte dem anderen gegenüber sich als Hauptsache darstelle.

Sowohl vom Reichsgericht wie in der Literatur wird die Frage allerdings meist nur für die Vermengung von Geld besprochen.[1] Aber eine Sonderbehandlung des Geldes, wie sie sich im römischen Recht fand,[2] kennt das geltende Recht bei der Vermengung nicht. Die bei der Geldvermengung besonders auftauchenden Schwierigkeiten sind keine Folge der Spezialnatur des Geldes, sondern ergeben sich aus seiner Gleichartigkeit, eine Eigenschaft, die das Geld mit vielen anderen Sachen teilt. Es dürfte deshalb gerechtfertigt sein, das, was Wissenschaft und Praxis über die Geldvermengung gesagt haben, allgemein als ihre Ansicht über die Vermengung gleichartiger Sachen zu betrachten.

Die Auffassung, daß für eine Unterscheidung nach Haupt- und Nebensache bei einer untrennbaren Vermengung mehrerer gleichartiger Sachen überhaupt kein Raum sei, wird mit aller Deutlichkeit vom Reichsgericht in einer Strafsache ausgesprochen.[3] Allerdings ist eine eingehende Begründung — zumindest in dem veröffentlichten Auszug — nicht ersichtlich. Das Reichsgericht geht davon aus, daß das Wort „Sachen" in § 948 BGB. i. S. von § 90 zu verstehen sei („es kommt darauf an, ob mehrere körperliche Sachen . . . im Verhältnis von Haupt- und Nebensache zueinanderstehen".). Von dieser Voraussetzung aus ist die Auffassung des Reichsgerichts allerdings allein möglich. Warum die andere Deutung, die von ihm auch gesehen und sogar angeführt wird, nicht zulässig sei, wird jedoch nicht untersucht. Den gleichen Standpunkt nehmen eine Reihe von Schriftstellern

---

[1] Anders nur Wolff, „Sachenrecht", S. 233.

[2] D. 46, 3, 78.

[3] DJZ. 1905, 459 ff.

ein, die ihn fast ausnahmslos für so selbstverständlich halten, daß sie die Möglichkeit gar nicht sehen, den Begriff Hauptsache als Hauptvorrat und den Begriff Sache als Sachvorrat zu verstehen.[1])

Gegen die soeben dargelegte Auffassung hat sich mit großer Schärfe *Goldberger*[2]) gewandt. Er drückt den abweichenden Gedanken so aus: „Nicht darum handelt es sich natürlich (!), daß eines der Geldstücke als Hauptsache anzusehen wäre, sondern der eine der beiden miteinander in Vermengung tretenden Geldvorräte".[3]) In den folgenden Ausführungen beschäftigt *Goldberger* sich dann nur mit der Frage, nach welchen Gesichtspunkten es sich bestimmen läßt, ob ein Vorrat als Hauptsache angesehen werden kann oder nicht. In einem ähnlichen Gedankengang sehen die übrigen Gegner des Reichsgerichts das Problem: Wie das Reichsgericht und seine Anhänger ohne Begründung behaupten, daß für das Verhältnis Haupt- oder Nebensache nur die Sachen als Einzelstücke zu berücksichtigen seien, so halten die Gegner es für ebenso selbstverständlich, daß für die Frage nur die Sachvorräte, und nicht die einzelnen Sachen in Betracht kommen könnten. Von dieser Grundeinstellung aus sprechen sie dann nur darüber,

---

[1]) So Warneyer, Komm. zum BGB. 1930, II, Anm. zu § 948; Staudinger-Kober, Bem. 6 b zu § 948; Eck, „Vorträge," 1. u. 2 Aufl. II, S. 132. Endemann, „Lehrb. d. bürg. Rechts", 7. Aufl. S. 545. Langen a. a. O. S. 111 Anm. 4 zu S. 110. Friedländer a. a. O. mit der oben S. 79 angeführten Begründung, die sich aber nur auf die Ablehnung der Begriffe Hauptsache und Nebensache im Verhältnis der Einzelsachen zueinander bezieht. Daß diese Ablehnung schlechterdings von niemandem bestritten werden kann und bestritten ist, wurde schon gesagt, ebenso, daß das Problem auf einer ganz anderen Ebene liegt.

[2]) Goldberger a. a. O. S. 633 ff.

[3]) Für „Geld" ist im Zusammenhang unserer Erörterungen „gleichartige Sachen" zu setzen.

ob ein von ihnen gefundener Gesichtspunkt es rechtfertige, einen der Vorräte als Hauptsache anzusehen. Und hier zeigt sich nun ein wesentlicher Unterschied zwischen der Auffassung *Goldberger*'s und der übrigen Gegner des Reichsgerichts, zu denen insbesondere *Martin Wolff* und *Cosack* gehören.[1])

Letztere nehmen an, daß ein Sachvorrat dann gegenüber einem anderen die Hauptsache sei, wenn er die größere Zahl von — unter sich gleichartigen — Einzelsachen enthält. Das zahlenmäßige Uebergewicht, wie *Wolff* es ausdrückt, mache ihn zur Hauptsache. Auf diesem Standpunkt steht außer den Genannten wohl auch *(Planck-)Brodmann.* Von diesem wird in dem Fall, daß sich die Mengen nicht feststellen lassen, man aber weiß, daß die eine erheblich größer war als die andere, § 947 Abs. 2 BGB. für den Eigentümer der größeren entsprechend angewandt.[2])

Goldberger dagegen hält die Verkehrsauffassung für entscheidend und glaubt, daß diese durchaus nicht immer den größeren Vorrat als Hauptsache ansehen werde, sondern denjenigen, der es vermag, den anderen „sozusagen in seinen Schicksalsbereich hineinzuziehen". Wann ein Vorrat diesen Voraussetzungen entspricht, sagt *Goldberger* allerdings nicht mit genügender Klarheit. Dafür weist er in längeren Darlegungen auf die unleidlichen Folgen hin, die sich aus der Entstehung von Miteigentum ergeben

---

[1]) M. Wolff, Sachenrecht, 1929, S. 225. Cosack, Lehrbuch d. b. Rechts, 1924, II, S. 173.

[2]) Planck-Brodmann III, 4. Aufl. 1920, Bem. zu § 948 BGB. Es ist dagegen nicht angängig, Kipp (bei Windscheid, „Pandekten", I, 8. Aufl. S. 868) als Anhänger der von Wolff vertretenen Auffassung anzusehen, wie Wolff selbst es will. Denn Kipps Betrachtungen liegt das römische Recht zugrunde, das Sondervorschriften für die Geldvermengung enthielt. D. 46, 3, 78.

würden: Wenn einer der Miteigentümer in der Lage ist, über die im Miteigentum stehenden Gegenstände zu verfügen, und es auch tut, so erwirbt möglicherweise der Ersteher Alleineigentum nach § 932 BGB., sodaß der andere Miteigentümer seinen Anteil verliert. Gemäß § 816 Abs. 1 S. 1 ist dann der Verfügende verpflichtet, das auf Grund der Verfügung Erlangte herauszugeben, d. h. den anderen zum anteilsmäßigen Miteigentümer an allem Erlangten zu machen. Es ist *Goldberger* zuzugeben, daß dieses Ergebnis zu sehr großen sachenrechtlichen Verwicklungen führen kann; aber es ist nicht klar erkenntlich, was er damit beweisen will. Daß man die Sachvorräte zum Ausgangspunkt der Betrachtung nehmen müsse, kann es nicht sein, denn das ist seiner Ansicht nach „natürlich"; mit der Abstellung auf die Verkehrsanschauung haben die angedeuteten Verwicklungen wiederum nicht das Mindeste zu tun. Es bleibt deshalb nur anzunehmen, daß *Goldberger*'s Darlegungen in diesem Punkt nicht als Begründung seiner Ansicht, sondern nur dazu dienen sollen, deren Zweckmäßigkeit zu erweisen, nachdem das Ergebnis selbst auf andere Weise gefunden worden ist. Demgegenüber wird bald zu fragen sein, ob die unleidlichen Wirkungen der entgegengesetzten Ansicht nicht auch für die Begründung der richtigen von Bedeutung werden können.

II. Wenn im Folgenden zu dem Meinungsstreit Stellung genommen werden soll, so ist davon auszugehen, daß weder das Reichsgericht und seine Anhänger, noch seine Gegner die Grundlagen ihrer Auffassung als problematisch erachtet haben. Daß § 948 Abs. 2 BGB. auch „Sachbestände" meint, wenn er von Sachen spricht, ist ebensowenig selbstverständlich wie das Gegenteil, wenn auch für dieses bis zum anderweiten Beweise hier die Vermutung folgt.

Man muß deshalb zunächst einmal fragen, ob es zulässig sei, den Begriff Sache für § 947 BGB. untechnisch aufzufassen, ihn mit Sachbestand gleichzusetzen. Grundsätzlich verwendet das BGB. die Begriffe im Sinne der von ihm aufgestellten Begrenzungen. Gegen die untechnische Auslegung spricht des weiteren der Standpunkt der Motive;[1]) die annehmen, daß bei der Geldvermengung stets Miteigentum entstehe. Diese Auffassung kann nur auf der Annahme beruhen, der Begriff Hauptsache spiele bei der Vermengung gleichartiger Sachen keine Rolle, und das wieder ist eine Folge der Ansicht, daß es sich bei dem Verhältnis Haupt- und Nebensache um ein Verhältnis der Einzelsachen zueinander handle. Dies ist gerade das Gegenteil dessen, was von uns bewiesen werden soll.

Dem Standpunkt des Reichsgerichts und damit dem Wortlaut und den Motiven stehen auf der anderen Seite große Bedenken entgegen. Sie ergeben sich bei einer Betrachtung des Richtigkeitsgrundes der in den §§ 945 ff. BGB. enthaltenen Bestimmungen. Diese wollen nicht kraft ihrer gesetzlichen Autorität den Rechtsuntertanen neben den gewöhnlichen eine besondere Möglichkeit, sich Eigentum zu verschaffen, zur Verfügung stellen. Ihr Zweck ist vielmehr, den tatsächlichen Verhältnissen rechtliche Anerkennung zu verleihen. Will man diese Gesetzesvorschriften auslegen, kann deshalb nicht der juristische Begriff, sondern nur die Berücksichtigung dessen maßgebend sein, was der Verkehr als Gegenstand der Vermengung und als Hauptsache dabei betrachtet. Die Verkehrsauffassung aber wird nicht die Einzelsachen, sondern eine Summe von solchen als Gegenstand der Vermengung ansehen, wenn sie schon vorher unter

[1]) Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches III, S. 360

sich einen gewissen Zusammenhalt hatten, d. h. sich den anderen Sachen der gleichen Art gegenüber als Einheit darstellten. Danach unterliegt es keinem Bedenken, einen Vorrat gleichartiger Sachen als Gegenstand der Vermengung zu betrachten; denn ein Vorrat ist stets gegenüber anderen Sachen der gleichen Art abgegrenzt. Die so gewonnene Auffassung kann nicht mit einem Hinweis auf die Motive entkräftet werden. Die Materialien des Gesetzes sind zwar für dessen Auslegung oft von entscheidender Bedeutung; dabei ist aber zu beachten, daß sie desto weniger bedeutsam sind, je geringer der Einfluß des Verfassers auf die endgültige Fassung des Gesetzes war. Die Motive aber beziehen sich nur auf den Entwurf erster Lesung und haben der Kommission selbst überhaupt nicht vorgelegen. Man wird sich deshalb für unsere Frage im Sinne des sich aus dem Gesetz unmittelbar ergebenden Richtigkeitsgrundes entscheiden müssen.

Somit kann als festgestellt angesehen werden, daß die Frage zulässig ist, ob ein Sachvorrat die Hauptsache sei. Wann er das im Einzelfall ist, wird sich nach den allgemeinen Regeln richten. Maßgebend ist hierfür nach h. M., der Bedenken nicht entgegenstehen, die Verkehrsauffassung [1]) Und hierin ist *Goldberger* beizupflichten: Die Verkehrsauffassung wird nicht immer den zahlenmäßig größeren Vorrat als Hauptsache betrachten, sie wird ebensowenig nur auf den Wert abstellen, wie *Soergel* [2]) es verlangt. Denn dadurch würden all die unliebsamen Folgen ausgelöst, die *Goldberger* aufgezeigt hat. Daß diese

[1]) Vgl. statt aller RG. DJZ. 1905, 459 ff. Goldmann-Lilienthal, „Das Bürgerliche Gesetzbuch", 1912, Bd. II, S. 93, Anm. 13.

[2]) Soergel, „Bürgerl. Gesetzbuch", 4. Aufl. 1929, Bem. 2 zu § 945. Diese Auffassung würde übrigens bei artgleichen Sachen zu demselben Ergebnis führen, wie die ausschließliche Berücksichtigung der Mengenverhältnisse.

der Verkehrsauffassung entsprechen, kann unmöglich angenommen werden. Vielmehr wird der Verkehr bei der Vermengung gleichartiger Sachen wohl den Bestand als Hauptsache betrachten, der den anderen in seinen Machtbereich zieht. Das ist derjenige, der seinen Besitzer nicht wechselt, — mit einer Einschränkung allerdings: daß nämlich der Besitzer gewöhnlich und erwartungsgemäß über seine Bestände verfügt. Denn nur dann kann man eigentlich von einem Macht- und Schicksalsbereich sprechen. Dieses Ergebnis hat den Nachteil, daß es denjenigen, der den Besitz durch die Vermengung verliert, im Falle des Konkurses des Empfängers schutzlos läßt, er hat nur eine Konkursquote zu beanspruchen. Das muß jedoch in Kauf genommen werden, denn Zweck der gesetzlichen Regelung ist nicht, Gerechtigkeit zu üben, sondern den Machtverhältnissen rechtliche Anerkennung zu verleihen.

Das Ergebnis nähert sich sonach stark dem Standpunkt *Goldbergers,* es entspricht im großen und ganzen dem, den das römische Recht für die Frage der Geldvermengung einnahm.[1]) Wenn es auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet werden soll, so muß dabei beachtet werden, daß auch die dargelegten Gesichtspunkte nur vermutungsweise für die Verkehrsauffassung maßgebend sein werden. Wenn aber keine Umstände bekannt sind, die es rechtfertigen können, von den zu vermutenden Gesichtspunkten abzuweichen, ergibt sich Folgendes:

Immer, wenn der Kommissionär Sachen des Kommittenten mit eigenen Sachen der gleichen Art untrennbar vermengt, wird er Eigentümer des gesamten Vorrates, gleichgültig, ob der ihm gehörende Bestand größer war als der des Kommittenten oder nicht.

[1]) D. 46, 3, 78: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri, qui accepit, in libris Gaii scriptum est.

Lebenslauf.

Am 20. Februar 1910 wurde ich in Striegau in Schlesien geboren. Dort besuchte ich auch das Realgymnasium, das ich Ostern 1929 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Danach begann ich, Rechtswissenschaft zu studieren, und verbrachte zwei Semester meiner Studienzeit in Freiburg i. Br. (das erste und dritte), je eines in München und Berlin, sowie vier Semester in Breslau. Nachdem ich am 4. Februar 1933 am dortigen Oberlandesgericht die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat gut bestanden hatte, wurde ich am 23. März 1933 zum Referendar im Oberlandesgericht Breslau ernannt. Zur Ausbildung wurde ich zunächst dem in der Nähe von Breslau gelegenen Amtsgericht in Strehlen überwiesen.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.